Die Bürgschaft

nach

gemeinem Civilrechte.

Historisch-dogmatisch dargestellt

von

Dr. Wilhelm Girtanner,
Professor des Rechts und Beisitzer des Schöppenstuhls zu Jena.

II. Dogmatische Abtheilung.
Das geltende gemeine Recht.

Jena,
Verlag von Carl Hochhausen.
1851.

Vorrede.

Indem ich die dogmatische Abtheilung und hiermit die ganze Schrift als vollendet der Oeffentlichkeit übergebe, erlaube ich mir ein Paar Worte über die Tendenz, welche mir bei Ausarbeitung derselben vorschwebte, um das Verhältniß des Buchs zu den verschiednen Richtungen in unsrer Wissenschaft zu bezeichnen.

Unser Recht ist aus Quellen zu schöpfen, die theils an sich selbst, theils in Beziehung zu einander die mannichfaltigsten Schwierigkeiten darbieten; blieb doch noch der neuesten Zeit das Verdienst vorbehalten, die Behandlung dieser Quellen und die Feststellung ihres Inhalts im wissenschaftlichen Sinne durchzuführen. Daher erklärt es sich, daß wir noch jetzt die ausschließliche Richtung auf dieses Feld, wenn nicht von zahlreichen, doch von um so bedeutendern Anhängern vertreten finden. — Auf der andern Seite aber hat sich von jeher das Bedürfniß nach practischer, dogmatischer Bearbeitung des Rechts nicht minder stark, wo nicht stärker geltend gemacht und in der That ist es, wenn das Recht die Norm für die bestehenden Verhältnisse des Lebens enthalten soll, eine natürliche Anforderung an die Wissen-

schaft des Rechts, daß ein brauchbares Resultat aus ihren Bemühungen hervorgehe. Es ist dieß nicht nur ein billiges, sondern ein unabweisbares Verlangen, gegeben durch die Verhältnisse selbst und, wie diese, nicht zu umgehen. Wenn aber die Quellenforschung außer Stande ist, diesen Anforderungen von ihrem Standpunkte aus zu entsprechen, weil die jetzt auftauchenden Fragen nicht unmittelbar ihre Entscheidung in den Rechtsquellen finden, weil dem Ideenkreise derselben die neuen Verhältnisse zum Theil ganz fremd sind — so liegt es freilich nahe, daß man sich nach einer Quelle umsieht, welche eine Aushülfe biete für die einer Entscheidung bedürfenden Fragen. Eine solche Ersatzquelle glaubte man zu finden in der Natur der Rechtsverhältnisse, wie sie sich einer gesunden, unbefangnen Auffassung von selbst darbietet; denn das war es, was man unter „Naturrecht" oder „Natur der Sache" verstand und was nicht nur im Wege der Legislation sich Bahn gebrochen, sondern auch auf Darstellungen des positiven Rechts mehr oder weniger Einfluß geübt hat. — Keine der im Bisherigen bezeichneten Richtungen kann in ihrer Einseitigkeit von einer Wissenschaft des geltenden gemeinen Rechts eingeschlagen werden; die letztre nicht, weil sie kein *geltendes* — die erstre nicht, weil sie kein *jetzt* geltendes Recht ermittelt. —

Doch aber trägt jede dieser Richtungen ein nothwendiges Element in sich; das Wahre ist daher in einer Vermittlung beider zu suchen. Mit einer solchen

Vermittlung beider ist aber zugleich eine entsprechende Modification der einen wie der andern gefordert. Die historische darf diesem Zwecke gemäß nicht beschränkt werden auf die Entwicklung des Römischen Rechts innerhalb der Grenzen Römischer Nationalität, sondern sie hat die gesammten historischen Grundlagen unsres heutigen Rechtszustands ins Auge zu fassen; daher namentlich auch die gewohnheitsrechtliche Fortbildung und — was auf diese vom entscheidendsten Einflusse war — die theoretische Bearbeitung, welche dem Römischen Rechte zu Theil geworden — also das, was man jetzt als „Dogmengeschichte" zu bezeichnen pflegt. Die Wichtigkeit dieses Theils unsrer historischen Basis beginnt in neuerer Zeit immer mehr anerkannt zu werden und besonders wird mit Recht auch den Canonisten mehr Aufmerksamkeit geschenkt, als früher [1]). Die Ausbeute, die von dieser Dogmengeschichte zu erwarten, muß freilich nach Verschiedenheit der Lehren sehr verschieden ausfallen. Es wurde daher bereits in der Einleitung zum 2ten Buche vor überspannten Erwartungen in diesem Punkte gewarnt. Hier aber ist der Ort, wo die vielfach unterschätzte Bedeutung der Dogmengeschichte gerade für eine bestimmte Klasse von Rechtsfragen hervorzuheben ist, nämlich für alle diejenigen, deren Beantwor-

1) Vgl. Roßhirt Archiv Bd. XXXIII. Für unsre Lehre bot sich freilich nur wenig Gelegenheit, die Bearbeiter des Canonischen Rechts zu berücksichtigen. Demselben Umstande — der besondern Beschaffenheit unsrer Lehre — ist es auch allein zuzuschreiben, nicht einer Geringschätzung, daß auf das Byzantinische Recht nicht eingegangen wurde.

tung lediglich auf Interpretation Justinianischer Gesetze und zwar reformirender Gesetze beruhen. Während uns bei dunkeln Fragmenten aus den Schriften der Pandektenjuristen, sowie bei Verordnungen früherer Kaiser das reichhaltige Material, das uns in den Pandekten und im Codex vorliegt, wenigstens soviel Anhalt bietet, daß wir mit großer — oft der Gewißheit nahekommender — Wahrscheinlichkeit auf den Sinn jener dunkeln Stellen schließen können, so entbehren wir bei denjenigen Verordnungen, durch welche Justinian ändernd in den bisherigen Rechtszustand eingriff, aller derartiger Hülfe, und wenn gerade die entscheidenden Worte des Gesetzes undeutlich sind, was ja nicht selten vorkommt, so ist es kaum denkbar, daß jemals die verschiednen Ansichten sich einigen werden, weil eben keine derselben hinreichend schlagende Gründe für sich haben kann. Gerade in solchen Fällen muß daher die Lösung willkommen sein, welche das Gewohnheitsrecht bietet; aber nur eine eifrigere Bearbeitung der Dogmengeschichte kann bewirken, daß dergleichen Lösungen fortan nicht mehr so oft, wie bisher, übersehen werden.

Die *dogmatische* Richtung hat sich, ehe sie daran geht, aus der Natur der Sache das *bestehende* Recht zu *ergänzen*, zuvor klar zu machen, was Alles in diesem bestehenden Rechte enthalten sei, d. h. sie hat die *Principien* desselben zu ermitteln — aber solche Principien, aus welchen wirklich *alle* geltenden Sätze hergeleitet werden können; aus diesen Principien sind

dann erst die noch nicht gezognen Consequenzen abzuleiten und das sich so ergebende Resultat ist erst dasjenige bestehende Recht, mit dessen Kritik und Ergänzung die Wissenschaft sich allerdings nicht nur befassen darf, sondern auch befassen soll. Nur ist diese letztre Thätigkeit derselben streng zu sondern von der erstern. Diese Kritik und Ergänzung hat nur die Bedeutung einer Vorarbeit für legislative Fortbildung. So einfach der Gedanke ist, daß bei Feststellung des bestehenden Rechts außer allem Einflusse bleiben müsse das Bedürfniß einer Aenderung, so wird er doch oft übersehen und freilich muß man eingestehen, daß bei dem Mangel an einem beweglichen Organe des Fortschritts ein solches Vorgreifen leicht erklärlich ist.

Dieß waren im Wesentlichen die Gesichtspunkte, die mich bei Ausarbeitung der vorliegenden Schrift leiteten und das redliche Streben, diesen Anforderungen zu entsprechen, wird man hoffentlich nicht verkennen. Wohl bin ich mir, was zuerst die Dogmengeschichte betrifft, bewußt, nicht alle Schriftsteller benutzt zu haben, die überhaupt hätten benutzt werden können [2]). Zwar habe ich, wie sich von selbst versteht, Alles, was die hiesige

2) Eine Schrift von C. W. Harder: Beitrag zur Lehre von der Bürgschaft nach Hamburg. Rechte 2 Hefte, Hamb. 1840. 41. blieb wegen ihres partikularrechtlichen Titels ohne Berücksichtigung. Erst nach vollendetem Drucke wurde ich durch des Verf. Recension über das 1ste Heft meiner Bürgschaft (Gött. Gel. Anz. St. 119) darauf aufmerksam gemacht, daß jene Schrift auch für die Theorie des gemeinen Rechts von Interesse sei.

Bibliothek bot, berücksichtigt; allein es hätte noch, wo ich von unsrer Bibliothek im Stiche gelassen wurde, dieses oder jenes Buch von auswärts beigeschafft werden können. Wenn ich dieß doch bei einzelnen unterließ, so hielt ich es dadurch für gerechtfertigt, daß es sich bei der von mir beabsichtigten Darstellung nur um die herrschende Theorie eines gewissen Zeitalters handelte. — In dogmatischer Beziehung wird man zwar nicht selten auf Neues stoßen, allein man wird gewiß anerkennen, daß dergleichen Behauptungen hervorgegangen sind nicht aus dem eiteln Streben nach Neuem, sondern aus Ueberzeugung von der Mangelhaftigkeit der bisherigen Theorien. Eine solche Ueberzeugung wird auch gewiß nicht als Selbstüberhebung angesehen werden bei einem Gegenstande, dem im Ganzen noch so wenig gründliche Bearbeitung zu Theil geworden ist.

Inhalt
der dogmatischen Abtheilung:
Das geltende gemeine Recht.

Zweite Abtheilung.

Das geltende gemeine Recht.

Erstes Kapitel.

Begriff und Natur der Bürgschaft.

§. 1.

Als Bürgschaft ist zu bezeichnen jede vertragsmäßige Obligation, welche Jemand gegen einen Gläubiger ausdrücklich dahin eingeht, für dessen Forderung neben dem Schuldner einstehen zu wollen.

Es gehört also zum Wesen einer bürgschaftlichen Verpflichtung erstens ein accessorisches Verhältniß derselben zu der Obligation eines Andern, zweitens die ausdrückliche Hervorhebung desselben bei der Eingehung dem Gläubiger gegenüber. Dieses zweite Erforderniß, das wir früher als das formelle bezeichneten, wird nicht selten verkannt.

Man hat nemlich noch in neuerer Zeit auf die materielle Seite das Hauptgewicht legen wollen. Nicht der Ausdruck solle entscheiden, sondern das sachliche Verhältniß zwischen zwei Obligationen, — einerlei ob dieses Verhältniß auch ausdrücklich im Vertrage hervorgehoben sei. So soll z. B. wenn zwei Personen sich für eine Darlehnsobligatio solidarisch verpflichten, welche nur dem Einen zu Gute kommt (weil nur er das

Darlehn wirklich empfängt), der Andere als bloßer Bürge betrachtet werden [1]).

Gegen diese Auffassung ist zunächst zu bemerken, daß man sich gerade weil man ausgeht von dem gewöhnlichen Falle, z. B. der Verbürgung für ein Darlehn, leicht verführen läßt, einen zu engen und darum unrichtigen Begriff der Bürgschaft aufzustellen, wonach gewisse Fälle gar nicht als Bürgschaft gelten würden, welche doch ganz unzweifelhaft vom Rechte als diesem Institute angehörig bezeichnet werden. Man denkt sich nemlich als das Charakteristische des Bürgen, daß er eine Leistung verspreche, deren Aequivalent einem Andern, nemlich dem Hauptschuldner, zukomme; oder bezeichnet als Hauptschuldner (im Gegensatze zum Bürgen) denjenigen, in dessen Interesse die Obligatio contrahirt werde. Danach aber muß eine richtige Beurtheilung des Verhältnisses, in dem ein fidejussor fidejussoris (Afterbürge) steht, unmöglich erscheinen. Wenn z. B. der Hauptschuldner A als Bürgen den B bestellt, wenn sich ferner für diesen Bürgen B der C dem Gläubiger verbürgt, so ist B (obgleich im Verhältniß zu A Bürge) für den C Hauptschuldner, die Bürgschaft des B ist im Verhältniß zur Bürgschaft des C Hauptschuld. Und doch hat B kein Aequivalent bekommen; auch kann man nicht sagen, daß seine Verbindlichkeit in seinem Interesse contrahirt worden sei, wenigstens ist dieß nicht nothwendig.

Nach der obigen Auffassung könnte man den C entweder überhaupt nicht als Bürgen gelten lassen, oder man müßte ihn als Mitbürgen des B und den A als Hauptschuldner auch für C ansehen, was zu ganz verkehrten Consequenzen führen würde. —

1) So Puchta in seinen Vorlesungen über d. heut. Röm. Recht. II. S. 243. Aehnlich auch Bachofen, Ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts. Bonn 1848. S. 1 ff. Ueber die ältere Literatur s. B. II. Kap. 1.

Ebensowenig kann man bei der Bürgschaft für ein Schenkungsversprechen von einem Vortheile oder Aequivalent reden, das dem Schenker zukomme, oder von einem Interesse, das er an der Entstehung seiner Verbindlichkeit habe. Darum muß man als charakteristisches Moment der Bürgschaft streng festhalten, daß sie um einer andern Obligatio willen, zu deren Sicherung contrahirt werde und damit ergibt sich als Merkmal der Hauptschuld, daß um ihretwillen, zu ihrer Sicherung die andre Verbindlichkeit eingegangen sei.

Zweitens ist gegen jene Auffassung, auch vorausgesetzt, daß sie dieses charakteristische Merkmal in vollem Umfange anerkennt, einzuwenden, daß dem einmal bestehenden Rechte zufolge der Ausdruck keineswegs gleichgültig ist, daß es vielmehr einen wesentlichen Unterschied begründet, ob die Beziehung auf eine fremde Schuld im Ausdrucke des Vertrags hervorgehoben ist oder nicht. Im ersten Falle wird die Gültigkeit der Nebenverpflichtung beurtheilt mit Rücksicht auf die der Hauptschuld; ist diese ungültig, so ist es auch jene, daher auch die Exceptionen, die dem Hauptschuldner zur Zeit, wo der Nebenschuldner beitritt, zustehen, auch dem Letztern zu Statten kommen. Ferner muß er auch für die mora des Hauptschuldners haften und er hat, wenn er nicht darauf verzichtet, das Beneficium excussionis. Nichts von alle dem gilt im zweiten Falle. Wer sich mit einem Andern zusammen als principaler Correalschuldner verpflichtet, ohne daß dem Gläubiger gegenüber erklärt wird, wer eigentlich als Hauptschuldner zu betrachten sei — wer z. B. mit einem Andern eine Darlehnsobligatio übernimmt, der hat keineswegs das Beneficium excussionis, seine Verpflichtung bleibt gültig, obgleich der Andre nicht verpflichtet wird [2]) — wenn er auch materiell dem Bür-

2) Hat dieß freilich seinen Grund darin, daß das Darlehn gar nicht ausgezahlt worden, so hat auch er die exceptio non numeratae pecuniae

gen insofern gleichsteht, als er gar keinen Vortheil aus dem Geschäfte hat, weil er etwa dem Andern allein das Darlehn überlassen hat, was natürlich auch gleich von Anfang verabredet sein konnte.

Muß man diese Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung zugeben[3]), so bleibt für die obige Auffassung nur noch der Sinn übrig, man halte es für passend, einem ganz bestimmt ausgeprägten Rechtsinstitute seine herkömmliche unterscheidende Benennung zu entziehen, indem man wesentlich verschiedene Fälle mit unter diese Bezeichnung fassen wolle, Fälle, die zwar mit der Bürgschaft ein gemeinschaftliches Moment haben (daß die eine Obligation um der andern willen eingegangen wurde), aber ein solches Moment, welches an sich gar Nichts entscheidet. Denn so lange das accessorische Verhältniß

— aber nicht aus des Andern, sondern aus seiner Person. — Ist das Darlehn dagegen dem Andern gegeben worden, so hat er nicht etwa, wie es den Anschein haben könnte, jene exceptio, sondern es gilt so, als sei es ihm gegeben worden, weil es zwar einem Andern aber mit seinem Willen ausgezahlt worden. Uebrigens kommt man durch die obige Auffassung dahin, umgekehrt auch den, der sich dem Gläubiger gegenüber als Bürge verpflichtet hat — in der That aber allein oder doch in gleichem Maaße wie der Hauptschuldner aus dem Geschäfte Vortheil zieht, bei demselben interessirt ist, für den Hauptschuldner oder doch für einen principalen Mitschuldner zu erklären, wie denn auch von Aeltern von diesem Standpunkte aus dem sog. fidejussor in rem suam (z. B. der Käufer einer mit Hypothek belasteten Sache verbürgt sich bei dem Gläubiger für Abtragung der Pfandschuld) das ben. excussionis versagt wurde; s. oben B. II. S. 228. 238. Die dafür angeführte l. 24. D. 2. 14. spricht bloß von dem Verhältnisse zwischen Hauptschuldner und Bürgen.

3) Puchta a. a. O. räumt wenigstens ein, daß der, welcher dem Ausdrucke nach als Hauptschuldner erscheine, die exceptio excussionis nicht habe, daß ihm auch die Befreiung des eigentlichen Hauptschuldners nicht zu Gute komme. Einen Grund, warum nicht auch die andern angeführten Verschiedenheiten Platz greifen müßten, gibt er nicht an.

(um es so kurz zu bezeichnen) nicht dem Gläubiger gegenüber erklärt ist, so lange ist es blos ein Verhältniß zwischen den beiden Schuldnern, das als solches den Gläubiger gar nicht berühren kann und nur von diesem hier ganz gleichgültigen Verhältnisse ist in l. 24. D. 2. 14. die Rede. — Das eben muß man im Auge behalten, daß es sich bei der Feststellung des Begriffs Bürgschaft um das Verhältniß des Bürgen zum Gläubiger handelt.

Aber auch nur das ist nöthig, daß jenes accessorische Verhältniß dem Gläubiger gegenüber erwähnt werde. Wie sonst der Ausdruck gefaßt ist, bleibt für den Begriff der Bürgschaft gleichgültig, wenn auch die regelmäßigen Wirkungen derselben dadurch modificirt werden können. Daher ist es allerdings eine Bürgschaft, wenn sich Jemand als Selbst- oder Hauptschuldner für einen Andern verbürgt, sofern er diesen als eigentlichen Hauptschuldner anerkennt durch Hinweisung auf dessen Schuld, als die Ursache, um derentwillen er sich jetzt verpflichte. Diesen Fall, an den man wohl meistens bei der hier verworfenen Auffassung denkt, muß man durchaus trennen von der bloßen materiellen Intercession (wo in der Fassung des Vertrags gar nicht hervorgehoben ist, welcher Contrahent der Hauptschuldner sei), denn dort ist ja die Obligation des Einen als die Hauptschuld bezeichnet, z. B. wenn es heißt: „ich verbürge mich für obige Schuld als Selbstschuldner.“

Freilich war es von jeher bestritten, welchen Sinn diese Fassung eines Bürgschaftsvertrags haben solle, wie dieß schon im 2. Buche ausführlicher dargestellt worden.

Bei Beantwortung dieser Frage kommt es lediglich an auf eine richtige Interpretation des Willens der Parteien und besonders auf das Verhältniß zum Beneficium excussionis.

In dieser Beziehung sind drei Auffassungen möglich und alle drei sind auch in der That geltend gemacht worden [4]).

Erste Interpretation: Jener Ausdruck „als Selbstschuldner“ hat gar keinen Bezug auf das ben. excussionis, sondern ist entweder ein müssiger Zusatz der Notare, oder es soll dadurch nur die ernstliche Absicht, haften zu wollen, ausgedrückt werden, oder es soll doch nur heißen, daß der Bürge für das Ganze, nicht bloß für einen Theil haften wolle. —

Zweite Interpretation: Eine Beziehung auf das benef. excussionis hat der Ausdruck allerdings, aber auch nur darauf. Es wird dadurch auf Novelle 4. verzichtet. Im Uebrigen tritt keine Veränderung im Bürgschaftsverhältnisse ein. Gegen die Möglichkeit dieser Interpretation darf man nicht, wie früher geschehen, geltend machen, ein Verzicht auf die Beneficia der Bürgen müsse in ganz unzweideutigem Ausdrucke geschehen. Denn wie unten im Allgemeinen gegen diese Beschränkung des Verzichts ausgeführt werden wird, läßt sich jener Satz keineswegs als Regel hinstellen für das gemeine Recht.

Dritte Interpretation: Durch den Ausdruck „als Selbstschuldner“ wird der Wille ausgesprochen — nicht als Bürge, sondern als principaler Nebenschuldner (correus debendi) einzutreten.

Jede dieser drei Interpretationen kann im concreten Falle richtig sein, es fragt sich nur, für welche wir präsumiren sollen? —

Gewiß nicht für die erste. Ein ganz müssiger Ausdruck darf nicht präsumirt werden. Müssig wäre er aber auch, wenn

4) Die Literatur s. oben B. II. §. 18 und §. 25 (S. 209 ff. und S. 240 ff.). Zu den Entscheidungen für den Wegfall des ben. exc. S. 246 2) ist nachzutragen eine Erkenntniß des Obertrib. zu Stuttgart von 1844 (in Seufferts Archiv III. 2. Nr. 167. S. 193). Dabei wird jedoch das accessorische Verhältniß eines solchen Bürgen ausdrücklich anerkannt. Auch das Preuß. Landr. (I. 14. §. 297.) stimmt damit überein und für die Verbürgung „als Bürge und Zahler“ auch das Oesterreich. Gesetzbuch (§. 1357).

damit die ernstliche Absicht, haften und zahlen zu wollen, ausgedrückt — oder wenn damit die theilweise Haftung ausgeschlossen werden sollte, da die Verpflichtung für die Schuld eines Andern schon an sich genügt, um den Bürgen für das Ganze haften zu lassen, und dieser Bezug auf die Schuld eines Andern muß doch bei jeder Verbürgung hervorgehoben werden. Wenn die Römischen Juristen den Ausdruck in solidum bei der Fidejussio als bedeutungslosen Zusatz interpretirten und darin keinen Verzicht auf die exceptio divisionis fanden, so läßt sich das für die Interpretation einer Stipulation wohl rechtfertigen, kann uns aber nicht als Norm für die Interpretation eines formlosen Vertrags dienen.

Aber auch das Zweite darf nicht so ohne Weiteres vermuthet werden. Die Behauptung, daß jener Ausdruck in der Notariatspraxis die Bedeutung erlangt habe, bloß einen Verzicht auf Novelle 4. zu enthalten, muß zweifelhaft erscheinen wegen des lebhaften Streits, der darüber von jeher in Theorie und Praxis obgewaltet hat.

Es muß also eine derartige Absicht der Parteien oder ein bestimmtes Herkommen in dieser Beziehung besonders bewiesen werden.

Es bleibt daher nur die dritte Auffassung übrig. Es ist diejenige, die sich zunächst bei unbefangener Anschauung aufdrängt. „Selbstschuldner" ist der altherkömmliche Ausdruck für „Hauptschuldner." „Wie ein Hauptschuldner haften zu wollen" spricht die Absicht aus, nicht als „gewöhnlicher Bürge" zu intercediren. Es handelt sich also darum, zu ermitteln, welchen Inhalt und Umfang der Ausdruck einer solchen Absicht im Sinne des Bürgen selbst haben solle. Zunächst ist doch die Beziehung auf eine fremde Schuld auch im Ausdrucke hervorgehoben, es ist also auch das formelle Element einer Intercession vorhanden. Darin liegt aber zugleich, daß die

Gültigkeit dieser Bürgschaft von der Gültigkeit der Hauptschuld abhängt; darin also weicht diese Bürgschaft von der Correalobligation ab und kommt demnach in der accessorischen Eigenschaft, wie sie oben dargestellt wurde, also im Wesentlichen mit der regelmäßigen Bürgschaft überein. Daher stehen auch dem als Selbstschuldner verpflichteten Bürgen die Einreden des Hauptschuldners zu, soweit sie andern Bürgen zustehen.

Eben daraus folgt noch weiter, daß er auch für die mora des Hauptschuldners einstehe und unter denselben Voraussetzungen wie andere Bürgen auch für die Verzugszinsen. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der vertragsmäßigen Zinsen, weil die Frage nach dem Umfange der Haftung für alle accessorischen Verpflichtungen die gleiche ist, einerlei ob sie sich gerade als „Bürgschaft" im gewöhnlichen Sinne hinstellen. Dagegen müssen ihm abgesprochen werden die gesetzlichen Beneficien, welche dem Bürgen ausschließlich zukommen und deren er sich eben durch den erklärten Willen — nicht bloß wie ein gewöhnlicher „Bürge" haften zu wollen — verlustig gemacht hat — also 1) das benef. divisionis. Statt dessen hat er jedoch das ben. der Nov. 99 in Bezug auf den Hauptschuldner und diejenigen, die sich etwa neben ihm als Selbstschuldner verpflichtet haben. 2) Das ben. excussionis.

Alles dieß ergibt sich daraus, daß nur so die ausdrückliche Beziehung auf eine fremde Schuld und das accessorische Verhältniß, das dadurch (ganz abgesehen vom Willen des Bürgen) entsteht, sich vereinigen lassen mit der Erklärung — wie ein Hauptschuldner, also anders, als gewöhnliche Bürgen, haften zu wollen. Sodann spricht hierfür auch, daß offenbar die Absicht des Bürgen dahin geht, dem Gläubiger durch seine Verpflichtung als Selbstschuldner größere Sicherheit zu gewähren, als ihm durch einen einfachen Bürgen zu Theil werden

würde — nicht aber dem Bürgen eine vortheilhaftere Stellung zu verleihen. — Die Verpflichtung als Selbstschuldner für einen Andern ist eine wahre Bürgschaft, aber modificirt in ihren Wirkungen durch den Willen des Bürgen.

§. 2.

Im Bisherigen ist zugleich die Abgrenzung unsres Instituts gegenüber der principalen Nebenverpflichtung gegeben. — Der letztern fehlt nur die ausdrückliche Hervorhebung dieser ihrer Eigenschaft als Nebenverpflichtung dem Gläubiger gegenüber, um sie zur Bürgschaft zu stempeln. Die daraus hervorgehende Verschiedenheit der rechtlichen Beurtheilung des einen Instituts von der des andern wird unten dargestellt werden. Beide haben jedoch gemeinsam zunächst das Moment der Intercession und damit den Gegensatz gegen alle obligatorische Verträge [5]), denen die Intercessionsqualität abgeht. Diese letztern sind um ihrer selbst willen da, sie haben einen selbstständigen vermögensrechtlichen Zweck. Dagegen soll die intercessorisch übernommene Verbindlichkeit dem Gläubiger einen Vortheil zuwenden, dessen Erlangung der Gegenstand eines schon bestehenden Forderungsrechtes ist.

Den Charakter der Intercession haben freilich Correalobligatio und Bürgschaft gemein mit andern Verträgen. Sie unterscheiden sich aber 1) von der Verpfändung für eine fremde Schuld durch ihren obligatorischen Charakter — als Begründung einer blos persönlichen Verpflichtung; 2) mit der Verpfändung zusammen bilden sie als cumulative Intercessionen, wobei das Forderungsrecht, für welches intercedirt wird, be-

5) Denn nur die Stellung unsers Instituts im System dieser Verträge ist die Aufgabe der obigen Erörterung. Darum ist auch, wenn von Correalobligation die Rede ist, zunächst nur die vertragsmäßig constituirte Obligation ins Auge gefaßt.

stehen bleibt, den Gegensatz gegen den noch übrigen Fall der **privativen** Intercession, wodurch jene Forderung aufgehoben wird.

§. 3.

Bei unsern juristischen Schriftstellern finden sich gewisse Ausdrücke zur Bezeichnung besondrer Arten der Bürgschaft. Diese Ausdrücke werden freilich durchaus nicht gleichmäßig in derselben Bedeutung gebraucht. Was der Eine mit diesem, bezeichnet ein Andrer mit einem der andern Ausdrücke, so daß nicht bloß eine Ungleichförmigkeit, sondern geradezu eine Verwechslung der Bezeichnungen sich eingebürgert zu haben scheint, wovon eine nachtheilige Verwirrung und Unsicherheit des juristischen Sprachgebrauchs die traurige Folge sein muß. Indessen läßt sich doch ein gewisser Sprachgebrauch als der **herrschende** feststellen und es ist zu hoffen, daß man denselben, einen an sich bedeutungslosen, doch aber verwirrenden Wortstreit aufgebend, allmälig als den ausschließlich richtigen anerkenne.

Unter **Schadlosbürgschaft** (sog. fidejussio indemnitatis [6]) ist dem Wortsinne nach zu verstehen die Bürgschaft für den Betrag einer Forderung, welcher vom Schuldner nicht erlangt werden kann. Wird eine solche Bürgschaft eingegangen zu einer Zeit, wo bereits dieser nicht zu erlangende Betrag ganz bestimmt ist, so unterscheidet sich der Fall in Nichts von der regelmäßigen Bürgschaft, nicht einmal dem Anscheine nach — denn auf das schon Bezahlte kann natürlich keine Bürgschaft

---

6) Dieser Gebrauch des Ausdrucks Schadlosbürgschaft war von jeher der herrschende — vgl. **Besold** thes. pract. s. v. Schadlosbürge; **Thomasius** de fidejussore indemnitatis. Hal. 1703. §. 1. 2. Daneben fand sich schon früh ein abweichender Sprachgebrach, wonach Schadlosbürge auch den fidejussor fidejussoris bezeichnen sollte (vgl. die bei **Thomasius** l. c. Angeführten).

eingegangen werden — und um dieses Falls willen würde sich kein Bedürfniß einer besondern Bezeichnung geltend gemacht haben. Ein solches Bedürfniß fühlte man lediglich für den Fall, wo die Eingehung der Bürgschaft in einen Zeitpunkt fällt, in welchem sich noch gar nicht voraussehen läßt, ob und inwieweit der Gläubiger auf seine Befriedigung durch den Schuldner werde verzichten müssen. Die Hauptschuld, für welche in diesem Falle der Bürge intercedirt, ist nemlich eine künftige und zwar eine sowohl ihrer Existenz, als ihrem Betrage nach ungewisse. Dieß ist aber auch die einzige Eigenthümlichkeit dieser Art von Verbürgung.

Die besondern Grundsätze, welche hier Platz greifen sollen, beziehen sich lediglich auf die Frage, ob die Bürgschaftsobligation zur Existenz gekommen. Ist dieß der Fall, dann wird diese Schadlosbürgschaft ganz ebenso wie jede andre beurtheilt. Als Bürgschaft unterscheidet sie sich übrigens von dem Schadloshaltungsversprechen (sog. promissio indemnitatis), wie species von genus. Dieses Versprechen setzt nämlich weder einen bestimmten Schuldner, dessen Schuld verbürgt werde, noch eine Forderung dessen, dem das Versprechen geleistet wird (wie dieß bei der Schadlosbürgschaft immer nothwendig ist), voraus, es kann sich auf einen irgend wie entstehenden Schaden beziehen und so ist es z. B. eine solche promissio indemnitatis — keine f i d e j u s s i o ind. — wenn Jemand einem Erben für allen Schaden garantirt, der ihm aus dem Antritt einer bestimmten Erbschaft erwachsen werde. Damit ist zugleich der Unterschied der Bürgschaft im Allgemeinen von diesem Versprechen gegeben. Beide treffen zusammen in der Schadlosbürgschaft; soweit sie in derselben nicht zusammentreffen unterscheiden sie sich in der oben angegebenen Weise wie Hauptvertrag von Intercession. —

In dem Falle, wo für eine schon (und zwar in regelmäßiger Weise) verbürgte Schuld eine solche Schadlosbürgschaft eingegangen wird, wäre dieselbe zwar auch so möglich, daß ihren Inhalt nur das vom Hauptschuldner nicht zu Erlangende bilden solle, allein im engern Sinne dürfte man für diesen Fall doch nur diejenige eine Schadlosbürgschaft nennen, deren Gegenstand der wirkliche Schaden, d. h. das weder vom Hauptschuldner noch von dessen Bürgen zu Erlangende bildet. Dieser Fall darf jedoch ja nicht verwechselt werden mit der sog. Afterbürgschaft.

Unter einem Afterbürgen (auch Ueberbürge oder Nachbürge — fidejussor fidejussoris oder fid. succedaneus genannt) versteht man den Bürgen, der für einen Bürgen intercedirt. Die Obligation dieses Bürgen ist für den Afterbürgen Hauptschuld. Ein solcher Afterbürge kann zwar durch Vorschützen der exceptio excussionis erreichen, daß erst Hauptschuldner und sein Hauptbürge ausgeklagt werden, allein er muß zu diesem Zwecke die Einrede der Excussion vorschützen, während beim Schadlosbürgen dieses Resultat ipso jure eintritt. Noch wesentlicher ist der Unterschied in den Fällen, wo das Beneficium excussionis wegfällt. Ferner kann der Afterbürge die Ausklagung der Mitbürgen dessen, für den er haftet, pro rata (nach den Grundsätzen des ben. divisionis) verlangen und haftet daher nur zu dem Theile, der auf seinen Hauptbürgen fällt; der Schadlosbürge dagegen muß für Alles einstehen, was dem Gläubiger abgeht, ist mithin in dieser Beziehung schlechter gestellt.

Unter Rückbürge[7]) versteht man den Bürgen, den der Hauptschuldner seinem Bürgen (oder der Bürge seinem After-

7) Andre, besonders ältere Schriftsteller gebrauchen diesen Ausdruck zur Bezeichnung des fidejussor fidejussoris, vgl. Besold thesaur. pract. s. v. Rückbürge. Thomasius l. c.

bürgen) für dessen etwaige Regreßforderung bestellt. Auch diese Bürgschaft ist nur eigenthümlich wegen der Frage, ob ihre Voraussetzung, nemlich die Hauptschuld, zur Existenz gekommen. Sonst verdient sie sowenig, als die Afterbürgschaft, eine besondere Auszeichnung. Man könnte auch hier sich zu Annahme einer Schadlosbürgschaft verleiten lassen. Allein nur die Hauptschuld der Rückbürgschaft ist auf Schadloshaltung gerichtet. Ist diese Hauptschuld erst wirklich vorhanden, so unterscheidet sich die Rückbürgschaft in Nichts von der regelmäßigen Verbürgung. Von einem solchen Rückbürgen wesentlich verschieden würde daher der Schadlosbürge sein, den der Hauptschuldner dem Bürgen für seinen Regreß bestellte.

§. 4.

Eine Frage von größter Wichtigkeit für die richtige Einsicht in die Natur unsres Instituts scheint die zu sein, ob auch unsre Bürgschaft, gleich der Römischen Fidejussio, stricti juris sei. Man könnte zur Bejahung dieser Frage geneigt sein, besonders wenn man die gewohnheitsrechtliche Gestaltung unsrer Bürgschaft — wie wir unten thun werden — an die Fidejussio (abgesehen von ihrer Form) anknüpft — man könnte — sofern man überhaupt den Unterschied zwischen stricti juris und bonae fidei Contracte für noch fortbestehend ansähe. — Nun wird aber allerdings dieser Unterschied auch in neuester Zeit noch von Manchen festgehalten und auch wohl gerade für unser Institut die stricti juris Eigenschaft behauptet [8]).

Nun leuchtet zwar soviel auf den ersten Blick ein, daß in seinem vollen Umfange jener Römisch-rechtliche Gegensatz

8) Daß dieß noch in der Praxis geschieht, bezeugt ein confirmatorisches Erkenntniß des Gerichts zweiter Instanz in Tübingen vom 23. Juni 1838 mit speziellem Bezug auf Verzugzinsen (mitgetheilt von v. Hufnagel, Mittheilungen a. d. Praxis d. Würtemb. Civilgerichte. Neue Folge: 1. Heft. Reutl. und Leipz. 1848. S. 735 f.).

nicht mehr bestehe, da doch ein großer Theil seiner Bedeutung mit der Römischen Gerichtsverfassung zusammenhing [9]). Es könnte also bei unsrer Gerichtsverfassung nur davon die Rede sein, daß gewisse Rechtssätze noch beständen, welche das Römische Recht als Wirkungen des obigen Unterschieds betrachtet habe. Es müßte dabei noch fraglich erscheinen, ob man diesen Unterschied des jetzigen Rechts mit dem Gegensatze zwischen strictum jus uud bona fides indentificiren dürfe; doch könnte man dieß dadurch zu rechtfertigen suchen, daß noch nach Untergang des ordo judiciorum privatorum, daß noch im Justinianischen Rechte von jenem Gegensatze gesprochen werde und daß dieß nicht bloß Ueberbleibsel eines in der That aufgegebnen Standpunktes seien.

Als solche noch fortbestehende Wirkungen jenes Unterschieds bezeichnet man [10]), daß der Richter bei unserm einfachen Versprechen „nicht auf den innern Bestand ihm vorgelegter Verhältnisse, nicht auf den eigentlichen Rechtsgehalt derselben, sondern lediglich auf die äußre Uebereinstimmung der Erklärung der Partei mit der Condemnation (oder: der Erklärung des Beklagten mit dem Verlangen des Klägers) zu sehen habe."

Es mag hier dahingestellt bleiben, in wiefern dabei von der wahren Bedeutung jenes Gegensatzes ausgegangen sei. Jedenfalls würde aus dieser Auffassung das Fortbestehen desselben noch keineswegs gefolgert werden können. Wenn das Römische Recht bei seinen Formelcontracten nicht auf den innern Bestand des Rechtsverhältnisses sah, so ist damit doch keineswegs gesagt, daß nicht auch diesen Formelcontracten ein Rechtsstoff zu Grunde liegen könnte. Wenigstens kann das heutige Recht einen solchen auch da annehmen, wo er im R.

9) S. v. Savigny Syst. V. Kap. 4. S. 101 ff.

10) Liebe: die Stipulation. S. 93.

R. entweder gar nicht anerkannt, oder durch die Form in den Hintergrund gedrängt wurde. Das heutige Recht darf daher auch von einem materiellen Rechtsverhältniß des Schenkers zum Beschenkten, von einem innern Bestand des Bürgschaftsverhältnisses sprechen und dieß als einen Rechtsstoff bezeichnen. Demnach ist auch die Verbürgung kein formelles von allem Rechtsstoff entblößtes Versprechen, sondern als das, was diesem Versprechen seine bestimmten Wirkungen verleiht kann man hier (so gut, wie z. B. beim Kauf) die Beziehung auf das ganz begränzte und ausgebildete Institut der Bürgschaft betrachten. Warum soll nicht auch hier der Richter „den eigentlichen Rechtsgehalt, den innern Bestand des Verhältnisses" prüfen und zu Grunde legen dürfen [11])?

Freilich ist es eine Eigenthümlichkeit dieses Bürgschaftsverhältnisses, wodurch es für Manchen den äußern Schein eines stricti juris contractus annehmen kann, daß der Zweck desselben im Verkehr, das ihm zu Grunde liegende Bedürfniß, den möglichsten Vortheil, die möglichste Sicherung des Gläubigers im Auge hat, weßhalb der Richter zunächst keinen Anlaß zu einer Begünstigung des Schuldners hat. — Dieß muß allerdings bei unsrer ganzen Lehre zur Basis genommen werden, allein als Consequenz des „innern Bestands" im Bürgschaftsverhältnisse. —

§. 5.

Die Sicherstellung des Gläubigers aber, welche wir als charakteristischen Zweck unsres Instituts aufgestellt haben, läßt sich in verschiedener Weise denken. Der Gläubiger kann nur gegen die factischen Ereignisse, oder er kann auch gegen die

11) Gegen die heutige Anwendung jenes Unterschieds erklärt sich auch v. Savigny a. a. O. S. 137 ff., zu dessen Bemerkungen das Obige nur einen Anhang, eine Vertheidigung derselben nach einer bestimmten Richtung hin, bilden sollte.

juristischen Ereignisse gesichert werden sollen, welche seine Befriedigung durch den Hauptschuldner hindern. Welche von beiden Sicherungsarten anzunehmen sei, läßt sich aus der muthmaßlichen Absicht des Bürgen nicht bestimmen. Diese Frage muß vielmehr nach dem Charakter, welchen das Recht dem Institut der Bürgschaft beigelegt hat, entschieden werden. Dieser Charakter läßt sich aber eben nur aus den Bestimmungen des positiven Rechts entnehmen. Wir haben nun bereits im ersten Buche gesehen, daß das Römische Recht in der einen Verbürgungsform (im const. deb. alieni) ganz unzweifelhaft, in der andern (der Fidejussio) wenigstens annähernd sich für das Letztre, Sicherung gegen juristische Hindernisse der Befriedigung erklärt hat. Das heutige Recht muß dieß als allgemeinen Charakter der Bürgschaft anerkennen, da es, wie unten gezeigt werden wird, jene beiden Institute zu einem einzigen verschmolzen hat. —

Auch darin ließe sich eine verschiedene Auffassung denken, wie weit dem Gläubiger seine Nachlässigkeit in Beitreibung der Forderung vom Hauptschuldner dem Bürgen gegenüber schaden solle. Man könnte etwa für das Nächstliegende halten, die Sicherstellung des Gläubigers, welche unser Institut bezwecke, beziehe sich nur auf den unverschuldeten Nachtheil. Gegen eigne Nachlässigkeit gewähre das Recht Niemandem Schutz oder Sicherstellung. Allein bei diesem Raisonnement setzt man voraus, der Zweck der Bürgschaft sei gerichtet auf Sicherung des Gläubigers gegen Schaden. Dazu kann freilich der Ausdruck: Sicherstellung leicht verführen; denkt man aber einmal an Schaden, so ergibt sich die obige Folgerung von selbst, denn wahrer Schaden ist nur der unverschuldete. — Daß jedoch das Römische Recht vor Justinian von einem ganz andern Begriffe der Sicherstellung ausging, erhellt schon aus der im ersten Buche gegebenen Darstellung. Den Pandektenjuristen genügte zu jenem Zwecke die Schadlosbürgschaft. Regelmäßig

konnte ja sogar Niemand mehr als Fidejussor in Anspruch genommen werden, nachdem der Hauptschuldner belangt war, weil die Litiscontestation mit diesem jenen befreite. Es konnte daher nach Pandektenrecht der gegen den Fidejussor klagende Gläubiger in der Regel noch gar nicht von einem wirklich erlittenen Schaden sprechen.

Allerdings hat nun Justinian in Novelle 4. verordnet, der Hauptschuldner solle vor dem Bürgen ausgeklagt werden. In den Fällen, wo diese Vorschrift zur Anwendung kommt, wird dem Resultate nach freilich der Gläubiger bloß gegen unverschuldeten Schaden gesichert. Dessenungeachtet müssen wir uns hüten, mit Rücksicht hierauf die Schadloshaltung ganz allgemein als Zweck der Bürgschaft des heutigen Rechts hinzustellen. Denn erstens soll das Beneficium der Nov. 4. nur eintreten, schon nach Justinian's eigener Bestimmung: si ambo (Hauptschuldner und Bürge) praesentes sint (also haftet der Bürge bei Abwesenheit des Hauptschuldners nicht bloß für den Schaden) und noch mehr ist dieses Beneficium gewohnheitsrechtlich in seiner Anwendung beschränkt worden, wie im 2ten Buche nachgewiesen wurde. Zweitens muß jene Rechtswohlthat vom Bürgen besonders geltend gemacht werden und sie wird ausgeschlossen durch Verzicht bei Eingehung der Verbürgung. Schon diese Möglichkeit muß es bedenklich erscheinen lassen, die Bestimmung jener Novelle bei Feststellung des Wesens unserer Bürgschaft zu Grunde zu legen; es wäre ja dann keine Bürgschaft im eigentlichen Sinne vorhanden, sobald auf das Beneficium excussionis verzichtet wäre. Noch bedenklicher wird dieß aber dadurch, daß dieser Verzicht auf Nov 4. nicht etwa als Ausnahme, sondern sogar als das Regelmäßige anzunehmen, so daß die Verpflichtung unserer Bürgen der Regel nach ganz von Grundsätzen des Pandektenrechts aus zu beurtheilen ist. —

Demnach muß auch das heutige Recht die Schadlosbürgschaft als eine besondere Art der Verbürgung anerkennen [12]) und wir dürfen auch nach Nov. 4. die Sicherstellung, welche Zweck des Instituts im Allgemeinen ist, nicht bloß auf den unverschuldeten Nachtheil des Gläubigers beziehen, sondern wir müssen den Begriff dieser Sicherung dahin feststellen, es solle dem Gläubiger durch Beitritt eines Nebenschuldners ein neuer Weg neben dem schon vorhandenen eröffnet werden, auf welchem er zu seiner Befriedigung gelangen könne. Freilich wird ihm nach Justinianeischem Recht [13]) nicht mehr durch die Wahl des einen Wegs der andre versperrt und so kann es vorkommen (auch wo die Nov. 4. außer Anwendung bleibt), daß der Bürge bloß für wirklichen Schaden des Gläubigers einstehen muß. Allein es kann ebenso gut anders kommen; der Gläubiger wählt zuerst die Klage gegen den Bürgen, weil dieß im vorliegenden Falle voraussichtlich der sicherste und bequemste Weg ist. Diese größere Bequemlichkeit und Schnelligkeit der Befriedigung hat der Gläubiger dann aber auch (z. B. wo auf das Beneficium excussionis verzichtet ist; nach der gewohnheitsrechtlichen Gestaltung auch wenn nicht verzichtet ist) gleich Anfangs mit im Auge, mit Rücksicht darauf verlangt er die Stellung von Bürgen und daher ist als das Wesen jener Sicherstellung, welches immer durch die Bürgschaft erreicht werden soll, hinzustellen, daß gegen die aus Zeitverlust oder sonstigen Unbequemlichkeiten und Hindernissen entstehenden Nachtheile gesichert werden solle. —

Es versteht sich von selbst, daß hiernach auch keine bona fides gegen den Bürgen — etwa rücksichtlich sorgsamer Berechnung der Vermögensumstände des Hauptschuldners — vom Gläubiger verlangt werden kann. —

---

12) Das Nähere unten.

13) S. oben.

Zweites Kapitel.

Eingehung der Bürgschaft.

§. 6.

Als Erfordernisse zur Eingehung einer gültigen Bürgschaft sind natürlich, wie sich von selbst versteht, zunächst alle Erfordernisse zu bezeichnen, welche zur Entstehung einer gültigen Obligation überhaupt nothwendig sind. So einfach dieß im Allgemeinen ist und so wenig es hier einer besondern Erörterung bedarf, so soll doch ein Punkt, der Einfluß des Irrthums, hier eine kurze Berücksichtigung finden. Wenn man nämlich lehrt, daß der Irrthum des einen Contrahenten über die Person des andern den Vertrag ungültig mache, so könnte es scheinen, als ob der Bürge, welcher über die Person des Gläubigers irre, gar nicht hafte. Allein es ist zu bedenken, daß ein Irrthum über die Identität der Person nur von Einfluß ist, sofern er als wesentlich hinsichtlich der Enstehung dieses Vertrags in Betracht kommt. Dieß läßt sich aber gerade bei der Bürgschaft wohl nur höchst selten annehmen. Findet nun kein Irrthum über die Art und Beschaffenheit der Hauptschuld statt, so ist der Wille des Bürgen, sich zu verpflichten, regelmäßig als ein rechtlich gültiger und vollkommen wirksamer anzusehen; an der Person des Gläubigers hat der Bürge kein Interesse und deßhalb kann sein Wille auch nicht als durch einen derartigen Irrthum influirt gelten [1]). — Anders dagegen, wenn der Bürge über die Person des Hauptschuldners irrte. Daß die Bürgschaft in diesem Falle ungültig ist, folgt zwar nicht aus dem Grundsatze, daß der Irrthum über die Person des andern Contrahenten, den Vertrag nichtig mache; denn der Hauptschuldner

1) Vgl. das im Seuffert'schen Archiv III. S. 194 (Nr. 169) mitgetheilte Erkenntniß des Obertribunals zu Stuttgart vom 27. Febr. 1850.

steht ja gar nicht als Contrahent dem Bürgen gegenüber. Es folgt vielmehr daraus, weil in diesem Falle ein wesentlicher Irrthum über den Gegenstand der Bürgschaft, nemlich über die Hauptschuld vorliegt, wegen der Untrennbarkeit der Obligation von ihrem Subjecte. Man könnte freilich sagen, daß ja die Obligation eben so eng mit der Person des Gläubigers, als mit der des Schuldners zusammenhänge und danach könnte man Richtigkeit der Bürgschaft auch im vorhergehenden Falle vertheidigen. Der Unterschied ist aber der, daß im letztern Falle der Irrthum über die Hauptschuld ein wesentlicher ist; es darf nicht angenommen werden, daß der Bürge sich für die Hauptschuld von dem bestimmten Inhalte habe verpflichten wollen, ganz einerlei wer der Hauptschuldner sei. Wenn daher Jemand ein Darlehn aufnimmt, angeblich für seinen Dienstherrn, in der That aber für sich, so haftet der Bürge nicht, welcher unter dieser Voraussetzung für die Schuld intercedirte [2]. Dagegen im ersten Falle, wo er über die Person des Gläubigers irrte, kann man dem Bürgen entgegnen: Du wolltest Dich dem Gläubiger dieser Hauptschuld verpflichten, einerlei wer es sei — oder bei einer erst künftig entstehenden Schuld: für den künftigen Gläubiger, z. B. für den, der dem Hauptschuldner das Darlehn geben wird, einerlei wer dieß sein wird. —

Es versteht sich ferner von selbst, daß die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Personen, welche rechtsgültig eine Obligation contrahiren können, auch hier Platz greifen, daß also wer sich überhaupt nicht wirksam verpflichten, auch keine verbindliche Bürgschaft eingehen könne. Doch giebt es gerade für die Bürgschaft noch gewisse eigenthümliche Bestimmugen. Bei diesen Beschränkungen gewisser Personen bezüglich der Bürgschaft ist entweder, gesehen auf das Inter-

2) So entschied auch das Obertribunal zu Stuttgart in einem Erkenntniß vom 8. Oct. 1844 (bei Seuffert a. a. O. III. S. 193 Nr. 168).

cessionsmoment derselben (dann sind jene Personen überhaupt von aller Intercession ausgeschlossen), oder 2) auf die Eigenthümlichkeit der Bürgschaft als besonderer Art von Intercession. Diese persönliche Beschränkung ist also der Bürgschaft eigenthümlich.

Eine Beschränkung der erstern Art, welche die Bürgschaft mit allen Intercessionen gemein hat, ist die der Frauen in Folge des SC. Vellejanum und der sich an dasselbe anschließenden Verordnungen Justinians.

§. 7.

Die Aufgabe für das SC. Vellejanum ein Princip festzustellen, nach welchem sich die Fälle seiner Anwendung sowohl, als seines Wegfalls ganz consequent ergeben, geht uns hier nur theilweise an, wir haben ein solches Princip nur für die eigentliche Verbürgung der Frauen zu suchen und somit haben wir abzusehen von der Untersuchung, wie weit der Begriff „Intercession im Sinne des SC. Vell." hinausgehe über den Begriff „Bürgschaft". Man hat wohl mit Recht das Princip des SC. Vell. dahin angegeben, die Frau solle geschützt werden in allen Fällen, wo sie sich für eine fremde Obligation verpflichte in der Erwartung, daß nicht sie werde zu zahlen brauchen (wenigstens nicht aus ihrem Vermögen), sondern daß der eigentliche Schuldner erfülle (oder daß sie von ihm das zu zahlende Geld bekommen werde)[3]. Es fragt sich

3) Dieses Princip stellt auf Windscheid „über das Princip des SC. Vell." im Archiv XXXII. 12. (S. 283 ff.). Der Hauptgrund scheint mir der zu sein, wodurch die Ansicht widerlegt wird, daß die Frau geschützt werden solle gegen die Täuschung in der Erwartung der Erstattung des Gezahlten. Wäre dieß das Princip, so dürfte das SC. erst vorgeschützt werden, wenn sich herausgestellt, daß von dem, für den die Frau intercedirt hat, durch Regreß Nichts zu erlangen sei. — Zwei Stellen erklärt Windscheid für unvereinbar mit seinem Principe: l. 17

also nur, welche Fälle der eigentlichen Bürgschaft nach diesem Begriffe nicht unter das SC. Vell. fallen dürfen. — Diese Fälle, in denen schon in Folge des obigen Princips das SC. ausgeschlossen sein muß, sind folgende:

1) Wenn die Frau Etwas empfangen hat, damit sie sich verbürge. Daß dieß der ganze Betrag der übernommenen Schuld sei, ist keineswegs nöthig; denn immer hat doch die Verbürgung in ihrem Sinne den Charakter einer Gegenleistung für eine empfangene Leistung. — Diese Gegenleistung kann als solche zwar nicht dem Gläubiger gegenüber betrachtet werden, sondern nur dem Hauptschuldner gegenüber, aber die Wirkung äußert dieß auch zu Gunsten des Gläubigers, daß sie ihm nicht entgegenhalten kann, sie habe darauf gerechnet, nicht zahlen zu müssen, denn das hieße, sie habe die empfangene Leistung als reinen Gewinn behalten wollen. — Der Satz selbst ist ausgesprochen in

c. 23 pr. l. 4. 29.

doch war er gewiß schon den Pandektenjuristen bekannt, da er ja nur eine consequente Anwendung des Princips enthält. Es ergiebt sich dieß auch aus (folgenden) ganz analogen Entscheidungen, die sich schon im Pandektenrechte finden[4]). So ist es

---

pr. D. h. t. (von dieser wird unten die Rede sein) und l. 23. D. eod. Die letztere (von Paulus) läßt sich dadurch mit dem obigen Principe vereinigen, daß man die Absicht, als Erbe zu handeln (wenn man sich auch selbst dafür hält) auffaßt als Absicht, eine fremde Persönlichkeit — die hereditas — die Persönlichkeit des Erblassers — zu vertreten und so in der That eine fremde Obligation zu übernehmen. — Doch ließe sich bei dieser Stelle auch in derselben Weise wie bei l. 17. pr. cit. auf den Irrthum der Frau Gewicht legen. — Weder dieser Irrthum, noch die Meinung, Erbin zu sein, läßt sich bei der widersprechenden Entscheidung Ulpian's in l. 36 D. eod. voraussetzen. —

4) Dabei sind auch solche Entscheidungen zu berücksichtigen, die zwar

nur eine Anwendung unseres Satzes, daß die exceptio SC. wegfällt, wenn die Frau durch die Intercession sich von der Verbindlichkeit zu intercediren befreit — also wenn sie z. B. aus einem Mandate zur Intercession verpflichtet war (l. 22 D. h. t.); ferner, wenn die Leistung, als deren Gegenleistung der Verbürgung zu betrachten ist, auch nur in einem Versprechen (z. B. eine Schuld der Frau zu tilgen) besteht (l. 27. §. 2 D. eod.).

2) In Folge einer Ausdehnung des obigen Princips fällt das SC. auch dann hinweg, wenn nach der Intercession der Zustand eintritt, dessen Vorhandensein zur Zeit der Verbürgung das SC. ausgeschlossen haben würde, wenn sie also nachdem sie sich verbürgt hat, den Betrag der Schuld vom Hauptschuldner empfängt (l. 16. pr. D. h. t.) oder wenn sie einen entsprechenden Vortheil empfängt, wenn z. B. das Darlehn zu ihrem Besten verwendet wird (l. 17. §. 2 D. eod.). Man kann in diesen Fällen zwar nicht sagen, sie habe intercedirt in der Absicht zu zahlen, allein man muß zugestehen, daß sie gegenwärtig zur Zeit der Klage die Absicht zu zahlen haben muß. Sie kann sich — wenn sie auch in der Erwartung, nicht zahlen zu müssen, sich verbürgt hat — doch jetzt nicht auf diese Erwartung berufen. Man kann dieß auch daher ableiten, weil das SC. Vell. als Schutz bestimmt ist — im Grunde nur für die Täuschung in der Erwartung, durch die Zahlung keine reine Verminderung des Vermögens, d. h. des wirklichen concreten Bestands[5]), vornehmen zu müssen. Dann fiele also hier das SC. hinweg, weil die Frau die Täuschung in der That gar

---

nicht auf Bürgschaft, aber doch auf Intercession (besonders Expromission) sich beziehen, z. B. l. 3. 13 pr. 24 pr. D. h. t. l. 2. C. h. t.

5) Sonst fiele das SC. auch hinweg, sobald die Frau durch ihre Intercession (und Zahlung in Folge derselben) einen Ersatzanspruch erwirbt. —

nicht zu erleiden hat, gegen welche sie gesichert werden soll. — Aehnlich wird umgekehrt die exceptio SC. der Frau gegeben, wo wirklich anzunehmen ist, sie habe intercedirt, um zu zahlen und in der Erwartung, es thun zu müssen — weil sie sich dadurch von einer Verpflichtung befreite, weil ihre Intercession demnach als Gegenleistung erscheint. Es wird ihr in einem solchen Falle doch die exceptio SC. gegeben, sofern jene Absicht, zu zahlen, auf einem Irrthume beruhte (z. B. die Leistung, die sie erwiedern will, war eine nicht zu Recht bestehende, etwa eine donatio ihres Ehemanns). In diesem Falle war jene Absicht zur Zeit der Intercession eine auf Irrthum beruhende, sie würde bei Kenntniß des wahren Verhältnisses entweder gar nicht intercedirt haben oder nur in der Erwartung nicht zahlen zu müssen. So erklärt sich vielleicht die schwierige l. 17. pr. D. h. t.[6]).

Soviel von dem Wegfall des SC. in Folge des oben aufgestellten Princips. Der Fall, wo die Frau gar keine fremde Obligation übernimmt, gehört nicht hierher, weil sie durch Bürgschaft nicht ihre eigene Verpflichtung übernehmen kann. — Der Fall, wo die Frau den Hauptschuldner beerbt, bedarf keiner besondern Erwähnung, denn es versteht sich von selbst, daß ein Schutz, der ihr als Bürgin zusteht, sie von ihrer Verpflichtung als Hauptschuldnerin oder, was dasselbe, als Erbin des Hauptschuldners nicht befreien kann. —

§. 8.

Daß auch bei einer intercessio donandi animo — also auch bei einer Bürgschaft don. an. — das SC. wegfalle, hat zwar

6) Uebrigens kann ihre praktische Kraft, wenn man den Irrthum in dieser Stelle nicht voraussetzen wollte, durch die entgegenstehende l. 8. §. 2. D. eod. entkräftet werden. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 320 f.

niemals für die herrschende Meinung gegolten; doch sind noch in neuester Zeit Vertheidiger dieser Ansicht aufgetreten [7]).

Die Quellenzeugnisse, auf welche man sich dafür zu berufen pflegt, sind

1) l. 4 §. 1 D. ad. SC. Vell. Ulpian trägt hier zwei Fälle vor. Das Gemeinsame beider ist ein von der Frau aufgenommenes Darlehn, eine mutui datio pro aliis. Der Unterschied liegt darin, daß im ersten Falle die Frau das ihr geliehene Geld dem Titius unmittelbar auszahlt, im zweiten aber einen Gläubiger desselben davon befriedigt. In beiden Fällen soll das SC. gegen den Gläubiger keine Anwendung finden und zwar deßhalb nicht, weil Senatus obligatae mulieri succurrere voluit non donanti. — Nun ist zwar die mutui datio pro aliis allerdings ein unter das SC. gehöriger Fall, aber ein Schluß auf die Bürgschaft einer Frau läßt sich durchaus nicht machen aus einer die mutui datio betreffenden Entscheidung, denn es liegt sehr nahe, warum bei dieser das Moment der Schenkung von großer Wichtigkeit, bei jener dagegen ganz gleichgültig sein muß. Das ist nämlich, wie schon oben bemerkt, das Charakteristische aller unter das SC. fallenden Intercessionen, daß neben der obligatio der Frau noch eine fremde bestehe, auf deren Tilgung durch den eigentlichen Schuldner sie hofft. Bei der mutui datio muß diese aber erst entstehen dadurch, daß die Frau das aufgenommene Geld wirklich zum Darlehn an einen Dritten verwendet und darum schließt

---

7) Windscheid diss. de valda mulierum intercessione. Bonn. 1838 p. 19 ss. Ders. a. a. O. S. 296 ff. Vangerow Leitf. III. S. 521 ff. Die im Texte angenommene Ansicht, welche die oben angeführten Gegner selbst als die herrschende anerkennen, ist in neuerer Zeit besonders vertheidigt worden mit zum Theil abweichender Begründung von Cropp in seinen und Heise's jurist. Abhandl. II. B. Nr. 6 und von Bachofen: Ausgewählte Lehren Nr. 1. S. 18 ff.

eine Schenkung ihrerseits leicht begreiflicher Weise das SC. aus. Dagegen bei der cumulativen Intercession besteht ja schon eine derartige Verbindlichkeit — die Hauptschuld — neben der ihrigen und hier kann eben deßhalb Nichts darauf ankommen, ob die Frau im Regreßverhältnisse steht, oder ob sie donandi animo intercedirt.

Schwierigkeit machen nur die Schlußworte, die Begründung, wegen der Allgemeinheit, mit der dieselbe aufgestellt wird: Senatus obligatae mulieri succurrere voluit non donanti. Daraus könnte man als allgemeine Regel herleiten, der animus donandi schließe stets bei allen Intercessionen das SC. aus. — Allein der Gegensatz des donanti ist obligatae und da auch eine Verpflichtung schenkungsweise übernommen werden kann, so kann donanti hier nur einen beschränkten Sinn haben. Man hat daher geglaubt, Ulpian brauche hier donanti für solventi[8]). Dann würde aber das donatura im zweiten Falle ganz müssig dastehen. Betrachten wir daher jenen Satz im Zusammenhange mit den vorhergegangenen Fällen, für deren Entscheidung er die Begründung abgeben soll. Das Unterscheidende dieser Fälle von einer unter das SC. fallenden mutui datio liegt keineswegs darin, daß in denselben die Frau sich nicht verpflichte, denn in beiden Fällen der l. 4 übernimmt sie eine Darlehnsobligation, sondern darin, daß neben ihr keine fremde Obligation besteht und dieß kommt daher, weil sie zu ihrer Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber noch eine Schenkung an den Schuldner hinzufügt. Mit Rücksicht hierauf würde also der Sinn jener Worte sein, nur dann werde der Frau geholfen, wenn sie sich für den Schuldner bloß verpflichtet hätte (obligatae sc. tantum), nicht aber, wenn zu dieser Verpflichtung noch eine Schenkung an den Schuldner hinzukomme (non donanti), wie in den

8) Besonders mit Beziehung auf die Formvorschrift der lex Cincia; so Cropp a. a. O.

beiden angeführten Fällen, weil nämlich durch diese Schenkung die Entstehung einer fremden Verbindlichkeit neben derjenigen der Frau verhindert werde. Man sieht leicht, daß diese ganze Argumentation nur für die mutui datio pro aliis paßt.

2) l. 21. §. 1 D. eod.[9]) Hier wird gesprochen von einem Falle, den wir entweder als sofortige Zahlung oder als expromissio auffassen können. Das liberaliter facere würde im 1sten Falle speciell von Zahlung zu verstehen sein, im 2ten auch die privative Intercession umfassen. Daß eine solche Interpretation näher liege, als den Ausdruck: liberaliter facere auf alle Intercessionen don. an. zu beziehen, ergiebt sich aus einfacher Betrachtung des besprochenen Falls. Es handelt sich nämlich um einen Verurtheilten, der seiner Verpflichtung nicht nachkommt und — was am nächsten liegt — nicht nachkommen kann und zwar soll ihm geholfen werden, er soll vor dem Drängen des Gläubigers sicher gestellt werden, nicht dem Gläubiger will die Frau es bequemer machen. Für den letzten Fall würde auch eine cumulative Intercession ausgereicht haben und wir dürften die l. 21 von einer solchen verstehen. Für den erstgenannten Zweck hingegen konnte nur eine Expromission oder sofortige Zahlung dienen. Wie aber, wird man einwenden, konnte unter Voraussetzung der letztern nur die Frage entstehen, ob das SC. Anwendung finden solle? Diese Frage brauchte ja aber gar nicht dem Gläubiger des judicatus gegenüber zu entstehen, es liegt ebenso nahe, an ein Darlehn zu denken, das die Frau aufnahm, um ihren Vater von einer Verbindlichkeit zu befreien. Also diesem Darlehnsgläubiger gegenüber wollte sie von dem SC. Gebrauch machen. Dieß wird

9) Windscheid a. a. O. S. 296 giebt zu, daß diese Stelle nicht für seine Ansicht entscheide. — Die von demselben noch angeführte l. 21 C. V. 16. spricht ausdrücklich nur von einer mutui datio und es gilt daher das von l. 4. §. 1. Gesagte auch für diese l. 21. —

ihr versagt, weil sie das Darlehn nicht zur Begründung eines neuen Darlehns, sondern zur schenkungsweisen Zahlung benutzt. Es würde demnach hier im Wesentlichen das bei der vorhergehenden Stelle Gesagte gelten. Freilich wird am Schlusse unserer l. 21 als Entscheidungsgrund angeführt: oneribus enim earum Senatus succurrit. Dieß dürfte jedoch wohl seinen Grund in dem besondern hier entschiedenen Falle haben. Die Frau zahlt für ihren Vater, um von ihm die Execution abzuwenden. Bringen wir diesen Fall in Zusammenhang mit dem im princ. behandelten (wo von einer in rem versio die Rede), so ergiebt sich folgender Sinn: die Frau wird geschützt nur wenn ihre intercessorisch übernommene Obligation als ein reines onus erscheint. Dieß ist nicht der Fall, wenn sie Vortheil aus dem Geschäfte hat, aber auch nicht, wenn ein Interesse der Pietät die Eingehung der Verpflichtung gebot. — Ganz auf dieselbe Weise könnte man nun auch die Stelle von einer donandi animo geschehenen Expromission für den Vater verstehen; denn nach der eben aufgestellten Erklärung würde oneribus als Gegensatz nicht bloß „sofortige Hingabe", sondern auch „Intercession mit Vortheil" voraussetzen. — Uebrigens würden wir einem Callistratus schwerlich zu großes Unrecht anthun, wenn wir das liberaliter facere von einer Schenkung durch sofortige Hingabe verständen und ihm so den freilich etwas trivialen Ausspruch aufbürdeten: die Zahlung der Frau für einen Andern kann sie nicht zurückfordern (das müßten dann die Worte non erit tuta Senatusconsulto heißen) weil das SC. nur bei Verpflichtungen (diesen allgemeinen Sinn hätte dann: oneribus) zur Anwendung kommt. — Mag man nun die eine oder die andere Erklärung vorziehen, jedenfalls kann aus dieser Stelle kein Argument für die hier bestrittene Lehre entnommen werden, denn daß die Stelle von keiner Bürgschaft sprechen könne, ist schon oben bemerkt worden. So viel von den äußern Grün-

den für jene Lehre. Die äußern Gründe werden gewiß Niemand überzeugen. —

Soll aber die Frage aus innern Gründen entschieden werden, so ergiebt sich schon aus dem oben Gesagten, daß zwar wohl bei einigen Fällen der Intercession der animus donandi von Wichtigkeit sein kann, daß er aber bei der Bürgschaft gänzlich irrelevant ist. — Daß es nicht der Wegfall des Regreßanspruchs sein könne, der das SC. ausschließe, giebt der neueste Vertheidiger [10]) selbst zu. Er begründet dagegen seine Ansicht aus dem oben aufgestellten Prinzipe: die Frau, welche donandi animo indercedire, habe die Absicht, die übernommene Verpflichtung selbst zu erfüllen, müsse auf Zahlung gefaßt sein. — Diese Behauptung scheint zu beruhen auf einer eigenthümlichen Auffassung der intercessio donandi animo. Wenn dabei überhaupt auch an die Verbürgung don. an. gedacht würde, so sollte diese wohl den Sinn haben, die Frau wolle durch Zahlung des geschuldeten Gegenstands dem Hauptschuldner ein Geschenk machen. In der Regel aber versteht man den donandi animus bloß mit Beziehung auf die Intercession selbst. Statt daß diese gewöhnlich eine negotiorum gestio enthält (die Intercession selbst — nicht erst die Zahlung), so soll dieser Anspruch jetzt wegfallen. Dabei wird Niemand behaupten wollen, daß die Frau sich weniger, als ein anderer Bürge, auf die Zahlung des Hauptschuldners verlasse. Gerade aus dem oben aufgestellten Prinzipe, und weil nach demselben das Vorhandensein eines Regreßanspruchs bei der Bürgschaft für das SC. als gleichgültig erscheinen muß, folgt, daß das SC. auch der Frau zur Seite steht, die sich donandi animo verbürgt.

10) Windscheid a. a. O. S. 296.

§. 9.

Es können demnach nur die oben bezeichneten Gründe für den Wegfall des SC. aus dem Prinzipe desselben selbst abgeleitet werden. Dagegen sind einige Fälle durch singuläre Rechtsbestimmungen zu solchen Ausnahmsfällen gestempelt worden. Es sind folgende:

1) Der Irrthum des Gläubigers über das Vorhandensein einer unter das SC. fallende Intercession, sei es, daß er überhaupt an keine Intercession (z. B. wenn die Frau ein Darlehn für einen Andern aufnimmt l. 4 pr., l. 11, l. 27 pr. l. 28. §. 1. h. t.) oder an keine Intercession einer Frau (z. B. wenn die Frau durch eine supposita persona intercedirt l. 6 D. eod.) gedacht hat. Dieser Irrthum muß jedoch ein entschuldbarer factischer Irrthum sein (l. 7, l. 17 pr. D. h. t.). Diese Ausnahme hat für unsere Lehre, die sich nur mit eigentlicher Verbürgung der Frau beschäftigt, freilich unmittelbar wenig Bedeutung, denn sobald eine wahre Bürgschaft, keine bloß materielle Intercession in Gestalt einer intercessionsweise eingegangenen Correalverbindlichkeit vorliegt, so ist ein Irrthum des Gläubigers überhaupt nur eben unter der Annahme denkbar, daß er einen der besondern Wegfallsgründe vorausgesetzt hätte. —

2) Arglist der Frau, durch welche sie den Gläubiger täuscht; daher nützt auch ein an sich unentschuldbarer Irrthum dem Gläubiger, wenn er durch dolus der Frau hervorgerufen worden (l. 2. §. 3. D. l. 5. C. h. t.). Bestritten ist, in wie weit schon das bloße Wissen der Frau von der ihr zustehenden Rechtswohlthat hierher zu rechnen sei. Es wird zwar in l. 30 pr. D. h. t. die bloße scientia der Frau als Wegfallsgrund für das SC. bezeichnet; allein es wird Niemand im Ernste einfallen, dieß buchstäblich zu nehmen und das SC. nur auf solche Frauen zu beschränken, die von ihrer Rechtswohlthat

keine Kenntniß haben. Man könnte dieß wenigstens nicht mit einem dolus zusammenbringen, wie doch in l. 30 geschieht; denn die Frau kann neben ihrer Kenntniß des SC. Vell. recht wohl die Absicht haben, keinen Gebrauch von demselben zu machen. Eben deßhalb, um durch Einschränkung des Falls der scientia ihn als eine bloße einzelne Erscheinung des dolus hinzustellen, hat man angenommen [11]), die l. 30 cit. rede von einer Frau, welche nicht nur Kenntniß von der sie schützenden Rechtsbestimmung habe, sondern auch beabsichtige, davon Gebrauch zu machen. — Hier könnte man nun allerdings von einem dolus der Frau sprechen; allein man müßte dann das SC. bei jedem dolus der Frau wegfallen lassen, ganz ohne Rücksicht darauf, ob dieser dolus eine Täuschung bei dem Gläubiger bewirkt habe. So lange wir dem dolus nur in dieser Eigenschaft, als Ursache einer Täuschung, die Kraft, das SC. auszuschließen, beilegen, so können wir auch die scientia als Wegfallsgrund für die exc. SC. und als zusammenhängend mit einem dolus nur von dem Wissen, daß sie im vorliegenden Falle nicht verpflichtet sei (z. B. im Falle der l. 23 D. h. t. daß sie nicht Erbin und das respondere nicht ihre Sache sei) verbunden mit einem Irrthum des Gläubigers, in welchem die Frau ihn läßt, verstehen [12]). Jene l. 30 spricht dann also von zwei Fällen eines Irrthums, die beide das SC. ausschließen wegen einer Arglist, die sich die Frau zu Schulden kommen lassen. Nur ist es im ersten Falle ein Irrthum, den dieser dolus erst hervorrief, im zweiten ein Irrthum, der schon bestand, den die Frau aber wissentlich bestehen ließ; in diesem letztern Falle ist

11) So u. A. v. Vangerow a. a. O. S. 151.

12) Die richtige Ansicht über die Bedeutung des hier fraglichen dolus und über seinen Zusammenhang mit der scientia haben in neuester Zeit geltend gemacht: Bachofen a. a. O. S. 41 ff. und Windscheid in seiner c. a. im Archiv f. civ. Pr. abgedr. Abhandlung.

also das Wissen, worauf ein Gewicht gelegt wird, gar nicht das Wissen vom SC. Vellejanum. —

3) Das SC. findet keine Anwendung, wenn der Gläubiger ein minor ist unter der Voraussetzung, daß derselbe vom Hauptschuldner Nichts erlangen kann; also wirklich zu Schaden käme, wenn das SC. zugelassen würde.

l. 12 D. de min.

Eben deßhalb, weil in dieser Stelle die Voraussetzung eines außerdem unabwendlichen Schadens für den minor gemacht wird, dürfen wir wohl das SC. erst dann ausschließen, wenn auch etwaige Mitbürgen der Frau insolvent sind — oder, falls der curator minoris wegen eines Versehens auf Ersatz der Schuld in Anspruch genommen werden dürfte, auch nur erst, wenn auch von diesem Nichts zu erlangen ist[13]). Uebrigens darf diese Begünstigung der Minderjährigen nicht auch allen denen zugesprochen werden, die im Rechte den minores gleichgestellt sind[14]). Denn es müßte bewiesen werden, daß diese Gleichstellung auch in diesem Punkte Statt finde, und zwar durch Gewohnheitsrecht (da es durch gesetzliches Recht entschieden nicht geschehen ist). Dieser Beweis läßt sich aber nicht führen. —

4) Aehnlich dem vorhergehenden ist der Fall, wo eine Frau sich für das Versprechen einer dos verbürgt hat. Auch hier ist es ein dem ihrigen gegenüber stehendes privilegium, welches als das stärkere jenes ausschließt.

l. 12. l. ult. C. h. t.

Man könnte fragen, ob auch hier der Gläubiger zunächst den

---

13) Vgl. Pufendorf obs. jur. univ. III. o. 73. Der Annahme Böhmer's (de eff. m. intc. §. 8.), daß in l. 12 cit. bloß von einer Anwendung der in int. rest. die Rede sei, widerstreiten die Worte dieser Stelle — cf. Pufendorf l. c.

14) Dieß behauptet u. A. Pufendorf a. a. O.

Hauptschuldner oder Mitbürgen ausklagen müsse, ob er also bloß dann die Frau belangen dürfe, wenn er außerdem ganz um seine Forderung käme. Was nun zunächst den Hauptschuldner betrifft, so ist er zu vorheriger Ausklagung desselben — ehe er gegen die Bürgen sich wendet — durch Nov. 4. ohnehin verpflichtet. Soweit der Frau aber das Beneficium dieser Novelle nicht helfen kann, also hinsichtlich der Mitbürgen oder wenn sie darauf verzichtet hat, soweit muß sie sich sofortige Ausklagung gefallen lassen, denn sie könnte die vorläufige Excussion Anderer nur auf Grund der SC. verlangen; dieses ihr Beneficium aber soll nach Justinian's ausdrücklicher Verordnung in l. ult. C. cit. in diesem Falle gar keine Anwendung finden: omni auctoritate Vell. SCti in hac causa cessante. —

Die Ausdehnung älterer Schriftsteller, wonach dem Dotalversprechen auch die donatio propter nuptias, Alimenten und Stipendien gleichgestellt werden sollen[15]), entbehrt alles Grundes. —

§. 10.

5) Die Wiederholung der Intercession nach Ablauf von zwei Jahren soll nach Justinian's ausdrücklicher Bestimmung (l. 22 C. h. t.) das SC. ausschließen; die Frau soll aus dieser zweiten Intercession vollkommen wirksam haften. — Man hat jedoch schon seit langer Zeit sich über die Frage nicht einigen können, ob diese zweite Intercession nur eine Bestätigung der ersten enthalte und demnach die Gültigkeit zurückbezogen werde, oder ob erst die zweite eine selbstständig gültige und darum erst von nun an wirksame Intercession sei. Diese Frage läßt sich nicht aus innern Gründen entscheiden, wir müssen uns dabei rein an Justinian's Worte in l. 22 cit. halten. —

---

15) Böhmer diss. cit. §. 8 lit. O. Brunnemann ad. l. 16. D. Nr. 5 — l. 12. C. h. t. und die dort Angeff.

Man hat zwar gesagt[16]), die Gültigkeit müsse auf die Zeit der ersten Intercession zurückbezogen werden, denn dieselbe sei ja nicht ipso jure nichtig gewesen, sondern nur anfechtbar durch das SC. Vell. Diese Anfechtbarkeit falle nun in Folge der wiederholten Intercession hinweg und deßhalb müsse es so angesehen werden, als sei schon die erste Intercession vollkommen wirksam gewesen. — Diese Argumentation ist jedoch unrichtig. Zwar kann man die Widerlegung derselben nicht gründen auf den Satz, daß solche Obligationen, denen eine Exceptio entgegenstehe, durch welche sie gänzlich vernichtet werden, so gut wie ipso jure nichtige Obligationen anzusehen wären[17]), denn es kommt eben Alles auf den Willen des Gesetzgebers an und in seinem Sinne können allerdings Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sich wesentlich von einander unterscheiden. — Allein man kann gegen jenes Argument sagen: das ist ja eben die Frage, ob Justinian wollte, die erste Intercession solle durch die zweite bestätigt werden, oder daß die zweite — eben als zweite — mehr überlegte — vollwirksam sein soll. Deßhalb ist die Frage auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen über die Ratihabition zu beantworten.

Jene Frage läßt sich nur aus den Worten der l. 22 cit. entscheiden. Aber freilich hat man sich auch auf die Worte dieses Gesetzes sowohl von der einen, wie von der andern Seite her berufen. Für die Rückbeziehung hat man sich gestützt namentlich auf das Wort firmaverit, weil dadurch der Gesichtspunkt der bloßen Bestätigung hervorgehoben sei[18]). — Indessen genügt das einzelne Wort firmare doch wohl schwerlich, zumal bei einem Gesetze Justinian's, um jene Ansicht darauf zu bauen. In Justinian's Munde kann dasselbe sehr wohl

16) Glück XV. S. 18 und die von ihm Angeff.

17) Wie Windscheid (diss. cit. p. 42.) thut.

18) Thibaut (Pand. §. 606).

auch die bloße Beziehung auf ein vorhergegangenes Rechtsgeschäft desselben Inhalts enthalten, welcher Inhalt (der doch schon als Inhalt des ersten existirte) nun erst wirkliche Geltung erlange. Jedenfalls muß eine stärkere Hinweisung auf den zweiten entgegengesetzten Gesichtspunkt das Gewicht jenes Wortes überwiegen. Eine solche stärkere Hinweisung hat man aber mit Recht gefunden in den Worten „ex secunda causa sese obnoxiam facere", und noch unzweifelhafter liegt eine solche in den Worten: videtur etenim ex hujusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere. Also will Justinian die zweite Intercession gar nicht als Intercession betrachtet wissen; aber dieß gilt eben nur von der zweiten wegen der in der Zwischenzeit möglichen Ueberlegung — nicht von der ersten. Also kann von keiner Rückbeziehung die Rede sein, denn die Voraussetzungen, woran die Wirkungen der l. 22 geknüpft sind, existiren erst zur Zeit der wiederholten Intercession, also können auch erst von diesem Zeitpunkt an die Wirkungen eintreten — eine Rückwirkung müßte vom Rechte ausdrücklich als Fiction vorgeschrieben werden, was nicht der Fall ist [19]). Dieß ist denn auch von jeher communis opinio gewesen.

Gehen wir von dieser Auffassung aus, so entscheidet sich auch danach die Frage, wie weit die erste Intercession gültig gewesen sein müsse, ob die Wiederholung jene Wirkung auch dann habe, wenn der ersten Intercession außer dem SC. V. noch andere Ungültigkeitsgründe entgegenstanden. — Da es sich nämlich nicht um Convalescenz eines ungültigen Geschäfts handelt, sondern um die Wirksamkeit einer zwei-

19) Auf den Willen der Frau kann man eine solche Rückbeziehung nicht gründen, da der Wille derselben in dieser ganzen Lehre ganz in den Hintergrund tritt und nur so viel Wirkung äußert, als ihm das Recht ausdrücklich beilegt. —

ten Intercession — als solcher und mit Bezug auf den Zwischenraum, der zwischen ihr und der ersten liegt — so kann auch, wenn es nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber bestimmt wird, Nichts auf die Beschaffenheit der ersten Intercession ankommen. In unserm l. 22 ist aber nichts Besonderes hierüber verordnet und folglich bleibt es bei dem, was aus der Natur der Sache folgt. —

Das freilich versteht sich von selbst, daß die zweite Intercession nur in soweit gilt, als sie im Betrage mit der ersten übereinstimmt, weil sie nur insoweit eine zweite, wiederholte ist. Doch ist damit nicht gesagt, daß die Schuld nicht in der Zwischenzeit durch Zinsen vermehrt sein dürfe, denn diese waren ja als künftiger Gegenstand schon in der ersten Intercession enthalten. — Daher ist gerade für diesen besonders wichtigen Fall der Streit über die vorliegende Frage ohne praktisches Interesse; denn auch wenn wir die Rückbeziehung verwerfen, müssen wir die Intercession auf die Zinsen der Zwischenzeit beziehen, deßhalb, weil schon die erste Intercession darauf mit gerichtet war. Vorausgesetzt also, daß die Frau den ganzen Inhalt der ersten Intercession bestätigen wollte, so folgt aus diesem ihrem — wenn auch jetzt erst wirksamen — Willen (nicht aus der Rückbeziehung), daß sie auch für die rückständigen Zinsen einstehen muß. —

Dagegen bleibt die Wichtigkeit der hier angenommenen Entscheidung bestehen, daß die Ungültigkeit der ersten Intercession aus andern Gründen als aus dem SC. Nichts schade, daß daher auch die Frau erst zur Zeit der Wiederholung perfectae aetatis sein muß[20]).

Endlich sind noch gewohnheitsrechtlich zwei Wegfallsgründe zu den bisher aufgezählten hinzugetreten — erstens auf Grund des Canonischen Rechts (vgl. B. II. Kap. 5.) soll das SC. wegfallen bei jeder

20) Die richtige Ansicht vertheidigt Windscheid l. c. p. 40 seq.

6) eidlichen Intercession einer Frau; zweitens wegen Mangels der ratio legis (als welche man früher die Unkenntniß der Rechtsverhältnisse, Leichtsinn und Schwäche der Frauen angab) soll das SC. wegfallen:

7) bei Intercessionen einer Handelsfrau, sofern sie in dieser Eigenschaft intercedirt, nicht also, wenn die Bürgschaft ohne Beziehung auf ihr Geschäft ist[21]).

Sehr zweifelhaft kann es oft im einzelnen Falle sein, ob die Frau eines Kaufmanns, welche an der Betreibung des Geschäfts Theil nimmt, als eigentliche Handelsfrau in dem Sinne anzusehen sei, daß man ihr das SC. absprechen müsse. Als solche kann sie in diesem Falle nur gelten, wenn sie wirkliche Handelsgesellschafterin des Mannes, nicht wenn sie bloße Gehülfin desselben ist. Das entscheidende Merkmal, wovon die Annahme des einen oder des andern abhängt, ist die Theilnahme an Gewinn und Verlust; nur diese charakterisirt die Frau als Handelsgesellschafterin (vgl. Cropp in seinen und Heise's jurist. Abhandl. I. Nr. 1. §. 3). —

§. 11.

Hinsichtlich der bisher aufgeführten Ausnahmen entsteht nun die Frage, wie sich dieselben zu dem zweiten Schutzmittel verhalten, welches erst Justinian den Frauen neben dem SC. Vell. verliehen hat. In L. 23 C. h. t. hat er nämlich verordnet, jede Intercession einer Frau sei nichtig, welche nicht

21) Dieß war wenigstens von jeher communis opinio; vgl. u. A. Voet Comm. ad Pand. 16. 1. §. 11. Dagegen trat auf J. S. F. Böhmer in den Halleschen Anzeigen 1747 Nr. 10. (abgedr. in Schoott's jurist. Wochenbl. III. Jahrg. Nr. 29. S. 535 ff.), doch erkennt er die entgegengesetzte Meinung als die allgemein herrschende an. Darauf aber kommt bei einem Satze des Gewohnheitsrechts Alles an; wir können denselben nur in dem Umfange als geltendes Recht annehmen, in welchem er sich als gewohnheitsrechtlich feststehend nachweisen läßt. —

in einer öffentlichen und von drei Zeugen unterschriebenen[23]) Urkunde geschehen sei. Beständen auch für diesen Schutz die obigen Ausnahmen, so enthielt die c. 23 bloß das Neue, daß die Frau im Fall einer formlosen Intercession ipso jure (nicht mehr bloß ope exceptionis) von aller Haftung frei wäre. Denn daß Justinian nicht daran gedacht haben kann, die Frauen im Fall der Beobachtung dieser Form ihrer Rechtswohlthat des SC. zu berauben, beweisen die Worte: et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta vel ab imperiali auctoritate introducta sunt[24]).

Nun hat man allerdings von jeher zugegeben, daß der im princ. der c. 23 erwähnte Fall einer Belohnung für die Intercession einer Ausnahme von der in §. 2 enthaltenen Vorschrift bilden müsse. Zu dieser Annahme glaubten sich schon die Glossatoren, besonders wegen der Stellung dieser Ausnahme im Anfang des Gesetzes gezwungen, weil nicht vermuthet werden dürfe, daß Justinian in demselben Gesetze sich corrigirt

---

23) Es ist kein Grund vorhanden, mit v. Vangerow a. a. O. S. 160 das subsignatum mit „untersiegelt" zu übersetzen, da es in l. 39 pr. D. de V. S. heißt: subsignatum dicitur, quod ab aliquo subscriptum est; nam veteres subsignationis verbo pro adscriptione uti solebant. Ueberdieß würde eine solche „Untersiegelung" voraussetzen, daß den Römern das Siegel als Beglaubigungssiegel bekannt gewesen wäre.

24) Gegen diese Auffassung Valett's vgl. Sintenis in den Sell'schen Jahrb. II. S. 366 ff., der sie mit Unrecht auch dem Martinus aufbürdet; Vangerow Leitf. III. S. 161 f. Durch das von diesem Gesagte erledigt sich auch, was Herr Advocat Kattenhorn in Beverstedt in seiner Schrift: Ueber Intercessionen der Frauen. Gießen 1840. S. 174 ff. für Valett's Ansicht vorgebracht hat. Nach ihm sollen die Worte: tunc enim tantummodo eas obligari jeden Zweifel heben und: ne perperam — — sese interponant — soll heißen: „Damit sie sich nicht unwirksam, sondern vollkommen rechtsgültig verbürgen"!!

habe[25]). Von dieser Ausnahme jedoch weiter zu schließen, muß jedenfalls bedenklich erscheinen, mag man nun[26]) aus der Erwähnung der einen Ausnahme die Unstatthaftigkeit aller übrigen, oder gerade umgekehrt[27]) in der Zulassung der einen die Zulassung aller Ausnahmen finden wollen. — Das Erstere ist schon darum zu verwerfen, weil ja Justinian in unserer c. 23. den Fall der Belohnung nicht etwa als Ausnahme von seiner Formvorschrift aufstellt, wenigstens nicht in der Form einer Ausnahme, woraus allein der erwähnte Schluß gezogen werden könnte, sondern, ehe er noch diese giebt, hat er als sich von selbst verstehend erwähnt, daß, wenn die Frau für ihre Intercession belohnt worden, sie hafte, einerlei ob dieselbe schriftlich geschehen sei oder nicht. Ja gerade darin, daß nachher bei der Formvorschrift des Anfangs erwähnten Ausnahmsfalls gar nicht mehr gedacht wird, liegt eine Hinweisung darauf, daß ihn Justinian gar nicht als eigentliche Ausnahme betrachtete. Freilich aber wäre es gewagt, daraus weiter zu schließen: Also dachte Justinian überhaupt nicht daran, hinsichtlich der bisher anerkannten Ausnahmsfälle Etwas zu ändern. Denn, um so schließen zu dürfen, müßte erst feststehen, daß in jenem Falle kein besonderer Grund läge, ihn als selbstverständliche Ausnahme zu betrachten. Ein solcher Grund aber liegt sehr nahe, indem es ja ein Fall ist, wo gar keine Intercession im Sinne des SC. angenommen wird. In der That würden wir diese Ausnahme auch haben anerkennen müssen, auch wenn Justinian sie nicht besonders erwähnt hätte, schon deßhalb, weil eine Vorschrift über Intercessionen der Frauen (sese interponere) im Zweifel

---

25) Denn nach dem princ. soll die Frau, welche eine Belohnung empfangen, haften sive sine scriptis, sive per scripturam sese interposuerit.

26) Wie Thibaut civil. Abh. S. 129.

27) Wie Accursius.

natürlich nur von Intercessionen im Sinne des SC. verstanden werden darf. — Eben darum ist aber auch nicht bloß jene einzelne Ausnahme auch für unsere Formvorschrift als solche anzuerkennen, sondern dasselbe muß von allen übrigen Ausnahmen gelten, soweit sie jenes entscheidende Merkmal, wodurch sie dem Kreise des SC. entnommen werden, an sich tragen. Also haftet die Frau in allen oben im §. 7. aufgezählten Fällen, auch wenn die Form der c. 23 nicht beobachtet worden. —

Hinsichtlich der (in §. 10. und 11. aufgezählten) singulären Ausnahmsfälle müssen zunächst in Betracht gezogen werden: entschuldbarer Irrthum des Gläubigers und dolose Täuschung desselben durch die Frau. In Beziehung auf den entschuldbaren Irrthum ist mit Recht schon darauf aufmerksam gemacht worden [28]), daß auf diesen Fall der Formvorschrift schon deßhalb nicht bezogen werden können, weil ja Justinian sich mit derselben gerade an die Gläubiger wendet, ihnen die Anwendung dieser Form empfiehlt und zu ihrem Nachtheil die Nichtigkeit androht. Nun kann er aber unmöglich daran denken, denselben die Beobachtung einer Form in solchen Fällen vorzuschreiben, wo dieselben die Nothwendigkeit derselben nach der neuen Bestimmung gar nicht wissen können oder sie mit einem Nachtheil zu bedrohen, wenn sie eine Form unterlassen, ohne daß man es ihnen anrechnen kann, daß sie dieselbe für unnöthig halten. Es käme sonst darauf hinaus, daß jedes Geschäft mit einer Frau in jener Form geschlossen werden müßte.

Eben daraus ergiebt sich aber auch, daß die Frau auch ohne Anwendung der Form verpflichtet werde, wenn sie den Gläubiger dolose täuscht (darauf muß, wie schon oben erwähnt, der Wegfall des SC. wegen dolus der Frau beschränkt werden), denn auch hier liegt ja ein Irrthum des Gläubigers vor, nur

28) v. Vangerow Leitf. III. S. 164.

ist er nicht an sich entschuldbar, sondern wird es erst durch den dolus der Frau. Das eben Gesagte muß darum auch hier Platz greifen. —

Es bleiben demnach als solche Fälle, die Justinian im Auge haben konnte, wenn er der Frau nicht nur einen intensiv stärkern, sondern auch einen extensiv größern Schutz verleihen wollte, nur übrig, die Verbürgung bei einem Minderjährigen als Gläubiger und Verzicht der Frau, den wir richtiger wohl als schon im Pandektenrechte begründet annehmen dürfen. Nun kann es freilich den Anschein haben, als passe diese beschränkte Neuerung nicht zu Justinian's Worten, welche auf eine durchgreifendere Aenderung zu deuten scheinen — einmal nicht zu den Einleitungsworten: Ne mulieres perperam sese pro aliis interponant, dann auch nicht dazu, daß er sagt: wenn die Form beobachtet sei — tunc — eas obligari et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel imperiali auctoritate introducta sunt.

Jene Einleitungsworte aber gehen offenbar zunächst auf einen intensiv stärkern Schutz; die exceptio, welche das SC. den Frauen verlieh, scheint dem Kaiser nicht sichernd genug; die Frau konnte sich bürgen lassen, die Processe nicht vorzuschützen; vielleicht denkt er auch an einen im Voraus abgelegten Verzicht; diese Gefahr beseitigt er, indem nun bei Mangel der Form der Richter ex officio die Klage zurückweisen muß, indem ferner auch ein Verzicht wirkungslos ist. Dieß ist an sich schon des Neuen genug, um einen Justinian zu einer besondern Constitution zu veranlassen. Ja es ist vielmehr mit jenen Worten die Annahme nicht wohl vereinbar, daß Justinian bisher geltende Ausnahmsfälle habe aufheben wollen, denn er würde ja sonst die Fälle, wo das bisherige Recht den Wegfall des SC. für nothwendig erachtete, als ein Unrecht, das den Frauen geschähe, betrachten, indem er es mit perperam sese interponere bezeichnete.

Was sodann die oben ausgezogenen Worte: et sic omnia tractari etc. betrifft, so ist allerdings nicht zu läugnen, daß es scheine, als könnten sie nicht bloß den ihnen oben untergelegten Sinn haben, daß nämlich die Beobachtung der Form keineswegs das SC. ausschließen solle. Justinian scheint nämlich bei den Worten: „quae — vel veteribus legibus cauta vel imperiali auctoritate introducta sunt“ gerade an die verschiedenen Ausnahmsfälle gedacht zu haben; schwerlich bloß an den einen, wo der Gläubiger ein minor ist, oder an den Verzicht. — Indessen so scheinbar dieß auch klingt, so würde es doch zusammenfallen, sobald nur die Möglichkeit sich darthun ließe, unsere Ansicht mit den Worten zu vereinigen, denn diese hat wiederum das für sich, daß Justinian danach ein der Natur der Sache entsprechendes Resultat beabsichtigte. Jene Möglichkeit ist aber wirklich vorhanden. Bleiben wir nur bei dem schon oben angenommenen Sinne: die Formvorschrift, will Justinian sagen, soll keineswegs das SC. ausschließen, dessen soll sich die Frau trotz formeller Intercession bedienen dürfen. Wollte er dieß sagen, so konnte er sich gar nicht wohl anderer Ausdrücke bedienen, als der oben angeführten. Er konnte nicht sagen: wenn die Form beobachtet ist, so findet noch die Einrede aus dem SC. statt, denn er mußte ja auch den Fall als naheliegend denken, daß die Frau in Fällen, wo sie ohnehin schon haftete (auch ohne Beobachtung der Form), doch bei der Intercession die Vorschrift der c. 23 in Anwendung gebracht habe. Da dieß voraussichtlich sehr häufig vorkommen mußte, weil diese Form nun bei allen Intercessionen regelmäßig anzuwenden rathsam war, so war es ganz natürlich, daß Justinian (dem alle künftigen Intercessionen in dieser von ihm eingeführten Gestalt vorschwebten) sich so ausdrücken mußte: „Wenn die Form beobachtet ist, so kommen dann natürlich alle ältern und neuern Ausnahmsbestimmungen auch hier in Betracht und nur

wenn keine derselben Platz greift, kann die Frau sich des SC. bedienen." —

Es bleibt nunmehr noch die Frage übrig, ob auch die Bürgschaft für ein Dotalversprechen dieser Form unterworfen sei. Da diese Ausnahme erst nach c. 23 angeführt worden, so konnte Justinian daran bei Abfassung derselben nicht gedacht haben. Wir müssen uns daher an die Worte des spätern Gesetzes, der c. 25. C. h. t. Hier heißt es nun aber: „omnimodo compellatur suam confessionem adimplere" und dieß dürfte sich schwerlich vereinigen lassen mit der Annahme, Justinian habe dabei Beobachtung der in c. 23 vorgeschriebenen Solennität vorausgesetzt [29]).

Was endlich die gewohnheitsrechtlichen Wegfallsgründe des SC. betrifft, so hat eben dieses Gewohnheitsrecht, welches bei einer eidlichen Intercession und bei Intercession einer Handelsfrau das SC. Vell. ausschloß, auch die Formvorschrift der c. 23 für unanwendbar auf diese Fälle erklärt.

Wenn das bisherige Resultat mit den Worten unserer Quellen in Einklang zu bringen ist, so haben wir es damit von seiner schwierigsten Seite her gerechtfertigt; denn daß es aus innern Gründen den Vorzug verdiene, gestehen die Gegner selbst zu [30]).

Noch muß hinsichtlich der bisher besprochenen Form bemerkt werden, daß sich schon sehr früh in der Praxis das Her=

29) Vogel de interc. mul. 1842 §. 12. Der Gegengrund von Vangerow's a. a. O. S. 165: Justinian schließe in c. 25. nur das SC. Vell. aus, von diesem können aber erst nach Beobachtung jener Form die Rede sein — erledigt sich durch die Erwägung, daß doch Justinian's Formvorschrift sich auch als Nachtrag oder Berichtigung des SC. auffassen ließ und daher unter jener Bezeichnung mit begriffen sein konnte. Die Frage wegen der intercessio pro libertate gehört nicht in eine Darstellung des geltenden Rechts.

30) Vgl. v. Vangerow a. a. O.

kommen bildete, welches auch von der Theorie anerkannt wurde, die Urkunde brauche nicht von den Zeugen unterzeichnet zu werden, es genüge, wenn der Notar ihre Gegenwart bezeuge, auch wären zwei Zeugen genug. Soweit hat sich jene Form reducirt auf ein gewöhnliches Notariatsinstrument und soweit einem solchen auch die von 3 Zeugen unterschriebenen Urkunden (instr. quasi publica) gleichgestellt werden, so könnte (wie auch wirklich geschieht[31]) diese Gleichstellung auch hier behauptet werden.

§. 12.

Im Bisherigen war im Allgemeinen von der Verbürgung der Frauen die Rede ohne Unterschied, für wen die Bürgschaft geschehe. Nunmehr ist aber auf die Verschiedenheit einzugehen, welche in dieser Rücksicht eintritt. Justinian hat nämlich in Nov. 134 c. 8 verordnet, daß die Bürgschaft einer Frau für ihren Ehemann nichtig sein solle, auch wenn die Intercession nach zwei Jahren wiederholt würde — auch solle es keinen Unterschied machen, ob die Form der c. 23 beobachtet sei oder nicht — ausgenommen nur, wenn eine in rem versio vorliege[32]) (si pecuniae in utilitatem mulieris expensae sunt).

---

31) Puchta Pand. §. 409.

32) Daß Justinian daran gedacht habe, auch die Aenderung zu treffen, daß bei gemeinschaftlicher Uebernahme eines Darlehns durch Mann und Frau für die Eigenschaft der Letztern als Bürgin zu präsumiren sei, dazu liegt in den Worten des Gesetzes nicht die mindeste Andeutung, vielmehr setzt Justinian gerade nur den Fall einer Bürgschaft der Frau für die Darlehnsschuld ihres Ehemanns voraus und zwar nicht bloß dem materiellen Verhältnisse, sondern auch dem Ausdrucke nach; darauf deuten die Worte: consentiat — (sub) scribat. Eben so wenig folgt für jene Ansicht Etwas aus den Schlußworten; denn eine in rem versio ist allerdings auch denkbar bei einem Bürgen und besonders bei Eheleuten. Uebrigens ist die Ansicht Vangerow's S. 169,

Eine ganz ähnliche Frage, wie hinsichtlich der l. 23 entsteht auch hier bei der Auth. si q. mul. — ob nämlich die sämmtlichen Ausnahmen vom SC. Vell. auch hier gelten müssen oder nur die speciell angeführte der in rem versio.

Auf der einen Seite könnte man sich für die Statthaftigkeit der Ausnahmen darauf berufen, daß doch nur eine derselben, nämlich die Wiederholung nach zwei Jahren als solche genannt sei, welche hier (bei der Intercession für den Ehemann) nicht Platz greifen dürfte, also sei per arg. a contrario daraus zu folgern, daß die übrigen Ausnahmen hier eben so gut wie beim SC. Vell. Anwendung finden müßten. Dieses Argument kann jedoch nur auf Schlüssigkeit Anspruch machen, wenn kein anderer Grund vorliegt, welchen Justinian zu besonderer Hervorhebung jenes Falls veranlaßte. Einen solchen Grund gibt es aber und einen sehr nahe ligenden. Denn gerade für den Fall der Wiederholung mußte ein Zweifel, ob hier die neue Vorschrift anwendbar sei, deßhalb entstehen, weil in l. 22 als ratio legis ausgesprochen war, daß die Frau im Falle wiederholter Intercession gar nicht zu intercediren scheine. Darum mußte es besonders gesagt werden, wenn auch diese Bestimmung durch Nov. 134 modificirt werden sollte. — Für die besondere Erwähnung der Formvorschrift (sive privatum sive publicum sit debitum) läßt sich ein anderer Grund darin anführen, daß es scheinen konnte, als schließe das Bekenntniß der in rem versio in der Urkunde unsre Novelle aus, da diese

---

daß wenn Mann und Frau zusammen als Correalschuldner ein Darlehn aufnehmen, die Frau für die Hälfte als Hauptschuldnerin, für die andere Hälfte als Bürgin anzusehen sei, nur zu rechtfertigen von der oben (I. Kap. 6. §. 35.) aufgestellten Auffassung der Nov. 99 aus.

Vergleiche v. Vangerow a. a. O. und die von ihm Angeff.; ferner Struckmann jur. Ztschr. für Hannover Jahrg. VII. Nr. 7. (mit Präjudicien hannöv. Obergerichte).

ja bei in rem versio ausgeschlossen sein sollte. Deßhalb sagt Justinian ausdrücklich, die Bestimmung der l. 23 pr. solle hier cessiren, es solle nöthig sein, daß die in rem versio vom Gläubiger auf anderm Wege erwiesen werde.

Auf der andern Seite könnte man ein Argument gegen die Statthaftigkeit jener Ausnahmen hernehmen aus den Schlußworten; weil nämlich in denselben nur ein einziger Ausnahmsfall — und zwar ein solcher, der nicht einmal den eigentlichen Intercessionen im Sinne des SC. Vell. angehört — als unstatthaft hervorgehoben sei, so folge daraus, könnte man sagen, daß alle übrigen Ausnahmen auch die, welche gar nicht Intercessionen im engern Sinne seien, bei unserer Novelle wegfallen müßten [34]).

Allein abgesehen davon, daß ein derartiges argumentum a contrario bei einer Justinianischen Novelle an sich schon bedenklich ist, so ließe sich weiter auch das entgegnen, es habe doch für den Gesetzgeber sehr nahe gelegen, gerade den Fall, der in rem versio ausdrücklich noch auszuschließen, da bei den Intercessionen für den Ehemann dieser Fall sehr häufig vorkommen würde. — Noch entscheidender aber ist der Umstand, daß der Fall der in rem versio gar nicht ausdrücklich ausgenommen wird, sondern daß der Kaiser hinsichtlich des Beweises in diesem Falle etwas Neues für die Ehefrau verordnet. Offenbar nämlich hat Justinian den Fall der c. 23 pr. im Auge, nur daß er die analogen Fälle, wo die Frau Nutzen aus dem Geschäfte hat, also suum negotium gerit, durch die Hervorhebung der in rem versio im Allgemeinen mit umfassen wollte. Da nun nach c. 23 pr. für den Fall der Belohnung (wobei aber die Anwendung auf jede in rem versio nahe lag) die Erklärung der Frau im Intercessionsinstrument als Beweis

---

33) Thibaut civil. Abh. S. 129.

gegen sie gelten sollte, so fühlte sich Justinian bezüglich der Ehefrau zu einer besondern Bestimmung hinsichtlich des Beweises veranlaßt. —

Der Gläubiger soll hier immer die in rem versio beweisen (auch wenn die Frau in der Urkunde den Empfang bekannt hat), um die Frau so günstiger zu stellen, da sie sonst selten Vortheil aus der Novelle haben würde. Auf diese Interpretation der Novelle — daß die Erwähnung der in rem versio nicht eine Ausnahme feststellen, sondern lediglich einen zweifelhaften Punkt hinsichtlich des Beweises entscheiden sollte, deuten die Worte — besonders die Fassung: nisi manifeste probetur etc. doch wohl mehr hin, als auf die gewöhnliche Ansicht.

Wenn wir sonach durch die Worte weder zu der einen, noch zu der andern Auffassung gezwungen sind, so bleibt als Entscheidungsnorm allein das möglichst Wahrscheinliche, das der Natur der Sache am meisten Entsprechende übrig. Auch hier können wir von einander trennen die Ausnahmen des SC., welche durch den Intercessionsbegriff im Sinne dieses SC., also durch das Princip des SC. gegeben sind und die singulären Ausnahmen. Daß die erstern auch für unsere Novelle als Ausnahmen gelten müssen, ist an sich schon zu vermuthen, da wir im Zweifel auch Justinian's Bestimmung nur von den Fällen verstehen dürfen, welche im Sinne des SC. als Intercession gelten. Wir sind aber dazu auch noch besonders genöthigt durch die besondere Erwähnung des Falls der Wiederholung. Es ist dabei nämlich nur die Alternative: entweder es lag kein besonderer Grund vor zu ausdrücklicher Hervorhebung dieses Falls — dann muß in derselben eine Anerkennung aller übrigen Ausnahmen als solcher gefunden werden. Oder es gab einen besondern Grund; als solchen können wir uns denken den Zweifel, ob dieser Fall nicht deßhalb von dieser Formvorschrift auszuschließen sei, weil bei Wiederholung der

Intercession nach Justinians eigenen Worten gar keine Intercession, sondern ein eigenes Geschäft der Frau angenommen werden sollte. Wenn uns aber dieser Grund allein von der Nothwendigkeit befreien kann, alle übrigen Ausnahmen anzuerkennen, so sind wir doch eben wegen dieses Grundes gezwungen, wenigstens die Fälle, welche nicht unter das Princip des SC. fallen, auch als Ausnahmen unserer Novelle anzuerkennen, da außerdem nicht denkbar wäre, wie der Zweifel über die Behandlung der wiederholten Intercession hätte entstehen können. —

Es bleibt also noch die Frage übrig, ob die Ehefrau in denjenigen Fällen hafte, welche oben als singuläre Ausnahmen vom SC. aufgezählt worden, oder ob Justinian sie auch in diesen Fällen habe schützen wollen. Schon auf den ersten Blick müßte das Letztre in zwei Fällen höchst auffallend erscheinen, nämlich wenn die Frau den Gläubiger dolose täuscht und wenn der Gläubiger auf andre Weise in einem entschuldbaren Irrthume sich befindet. Von jeher haben auch unsere Juristen gefühlt, wie widersinnig es sein würde, in solchen Fällen gerade die Ehefrau zu schützen. In der That brauchen wir jedoch nur unser Gesetz näher zu betrachten, um uns zu überzeugen, daß Justinian an diese Fälle gar nicht dachte. Justinian spricht nämlich bloß von dem Beitritt der Frau zu einer Darlehnsschuld, wofür der Mann einen Schuldschein ausgestellt hat. Dieß vorausgesetzt konnte weder von einem entschuldbaren Irrthum des Gläubigers, noch von einer durch dolus der Frau hervorgerufenen Täuschung desselben die Rede sein, weil hier vorausgesetzt wird, daß die Eigenschaft der Frau als Bürgin ganz offen hervortrete. Eben deßhalb, weil bloß von einem Darlehn (denn darauf soll offenbar das creditum gehen) des Mannes in unserm Gesetze gesprochen wird, kann dasselbe auch keine Anwendung auf die Bürgschaft für ein Dotalver-

sprechen finden. Es bleibt also allein übrig der Fall, wo der Frau ein minor als Gläubiger gegenübersteht und — wenn wir ihn schon nach R. R. für zulässig halten dürfen — der Verzicht. Daß der letztre einer Ehefrau Nichts schaden solle, dürfen wir aus dem im Gesetze ausgesprochenen Folge, aus der Nichtigkeit schließen. Aber auch einem minor gegenüber darf sich die Frau wohl richtiger auf unsere Novelle berufen; denn es liegt kein Grund vor für diesen Fall, dieselbe auszuschließen.

Der Grund, daß die Frau sich leichter von ihrem Ehemanne, als von Andern, zur Bürgschaft bereden läßt, hat einem minor gegenüber nicht minder sein Gewicht und es ist nichts Widersinniges, wenn hier das Privilegium der Frau für stärker als das des Minderjährigen erklärt wird.

Fragen wir schließlich nach der Neuerung, die sich als Resultat unserer Novelle betrachten lasse, so ist freilich der Wegfall der letzterwähnten Ausnahme zu unbedeutend, um ihn als Hauptzweck bezeichnen zu können. Allein es ist wichtig genug, daß nunmehr die Frau selbst, wenn sie in der Form der c. 23 intercedirt, selbst wenn sie nach zwei Jahren dieß wiederholt, doch ipso jure frei ist und der Richter ex officio diese Ungültigkeit berücksichtigen muß und daß ferner, selbst wenn sie in der Intercessionsurkunde den Thatbestand der in rem versio (oder der empfangenen Belohnung) bekennt, dieß den Gläubiger keineswegs vom Beweise befreit. Selbst ein Verzicht schadet ihr Nichts.

Freilich ist durch Gewohnheitsrecht, gestützt auf Canonisches Recht, der Satz eingeführt worden, daß eidliche Intercession (auch hier ist kein körperlicher Eid erforderlich) auch die Ehefrau binde, daß hier unsre Vorschrift wegfalle. Damit hängt zusammen, daß auch ein eidlicher Verzicht — als eine eidliche Intercession mitenthaltend — wirksam sein soll. —

Schließlich ist zu bemerken, daß diese Rechtswohlthat in den Gegenden, wo Gütergemeinschaft der Ehegatten gilt, natürlich bedeutende Modificationen erleidet. Dieß ist aber weder eine directe Modification der über Bürgschaft geltenden Grundsätze, denn es werden damit nur gewisse Fälle dem Begriffe „Bürgschaft" entzogen und für eigene Schulden der Ehefrau erklärt — noch gehört es in eine Darstellung des gemeinen Rechts.

§. 13.

Das Resultat der bisherigen Darstellung ist demnach für die Anwendbarkeit des SC. Folgendes.

Das SC. greift nur noch Platz, wenn eine Frau in einem instrumentum publicum oder quasi publicum für einen Andern, als ihren Ehemann, sich verbürgt und nur unter der Voraussetzung, daß keiner der in §§. 7. 9. 10. aufgezählten Fälle vorliege. Nachdem so die Fälle, in denen das SC. überhaupt zur Anwendung kommt, festgestellt sind, muß zunächst die rechtliche Gestalt desselben erörtert werden. Soviel ist dabei unbestritten, daß die in unserm SC. bestimmte Ungültigkeit eine bloße Anfechtbarkeit enthält, er muß daher durch eine besondere exceptio geltend gemacht werden [35]). Wenn also die Frau diese exceptio nicht vorschützt, so macht sie dadurch die ihr zustehende Rechtswohlthat wirkungslos. Man streitet dagegen noch heutiges Tags, ob es auch zulässig sei, daß die Frau gleich bei Eingehung der Bürgschaft auf ihr Beneficium verzichte. Daß dieß unwirksam sein müsse begründet man indem man sagt, es liege ja in einem solchen Verzichte eine Umgehung des SC.; die Frau werde sich durch das Vertrauen auf rechtzeitige

35) Ausführlich hat dieß nachgewiesen Sintenis in den Sell'schen Jahrbüchern II, S. 347 ff.

Zahlung des Hauptschuldners eben so leicht zum Verzichte, als zur Bürgschaft selbst verleiten lassen. —

Die richtige Art, hierauf zu antworten, scheint mir nicht die zu sein, daß man einen solchen Verzicht als verträglich mit dem ursprünglichen Zweck des SC. darzustellen sucht; denn das ist freilich unläugbar, daß der Zweck desselben auf diese Art wirklich in den meisten Fällen vereitelt wird, weil allerdings die Hoffnung, daß der Hauptschuldner zahlen werde, auch diesem Verzichte sehr wohl zu Grunde liegen kann. Man sollte vielmehr ausgehen davon, daß der Verzicht nun einmal wirklich positiv rechtlich zugelassen ist; wer dieß nicht schon im Römischen Rechte anerkannt finden will[36]), der muß es wenigstens als Satz des Gewohnheitsrechts zugeben. Man sollte hiervon ausgehend die Frage so stellen: wie gestaltet sich durch diesen Satz des geltenden Rechts das SC.? Findet sich, daß der Verzicht dem Principe des SC. widerstreite und auf keine Weise damit in Einklang zu bringen sei, so mag man geradezu erklären, daß durch die Zulassung des Verzichts des SC. aufgehoben sei. —

Allein zu diesem Aeußersten brauchen wir wohl noch nicht zu schreiten. Es ist allerdings möglich, daß auch beim Verzichte dieselbe Zuversicht zu Grunde liege, um derentwillen die Frau geschützt werden soll. Allein es ist doch immer zweierlei: Intercediren allein und Intercediren mit Verzicht und nicht nothwendig braucht das Vertrauen zum Hauptschuldner, weil es zu dem erstern bewegt, so stark zu sein, daß es auch den Entschluß zum Verzicht hervorbringe. Wenn wir also auch nicht gerade schon von selbst, ausgehend vom Principe des SC., die Zulässigkeit des Verzichts als Consequenz aufstellen würden, so ist es doch keine widersinnige Bestimmung des Rechts,

36) Ueber die Stellen des R. R.'s s. oben B. I. S. 137 ff.

wenn es festsetzt, bei einer Frau, welche gehörig belehrt verzichte, werde nicht angenommen, daß sie die sichere Erwartung hege, sie werde gar nicht zur Zahlung gezwungen werden.

Es kann, da die Zulässigkeit des Verzichts selbst feststeht, nur noch die Frage entstehen, in welcher Form er geschehen müsse. Hierbei ist nun unbezweifelt anerkannt, daß dem Verzichte certioratio, d. h. gehörige Belehrung der Frau über die Bedeutung und Folgen dieses Verzichts vorangehen müsse. Daß der Verzicht aber in einem öffentlichen oder von 3 Zeugen unterschriebenen Instrumente geschehen müsse, hat sich nicht als allgemeine Ansicht erhalten[37]; ja es läßt sich nicht einmal sagen[38], daß jedenfalls ein schriftlicher Verzicht von der Praxis erfordert werde; vielmehr ist als Satz des Gewohnheitsrechts die Zulässigkeit und Wirksamkeit des einfachen formlosen Verzichts nach vorhergegangener certioratio anzunehmen. Die Nothwendigkeit der certioratio ersetzt auch der Eid nicht[39]. Freilich aber setzt die Zulässigkeit dieses formlosen Verzichts voraus, daß die Intercession selbst in einem instr. publ. oder quasi publ. errichtet worden (auf die Nothwendigkeit dieser Form kann nur durch Eid wirksam verzichtet werden, sofern darin eine eidliche Intercession liegt, s. oben). Da aber meist der Verzicht gleich bei der Intercession geschieht, so wird er auch fast immer in jener Form zur Erscheinung kommen.

Dagegen müßte für die authentica si qua mulier, da nach derselben jede Intercession für den Ehemann völlig nichtig sein soll, ein Verzicht ohne Wirkung bleiben. Allein gewohnheitsrechtlich ist auch hier wenigstens der eidliche Verzicht für

---

37) S. oben Bd. II. S. 269 f.

38) Wie Sintenis a. a. O. S. 388 annimmt.

39) S. oben Bd. II. S. 273 f.

wirksam erklärt worden[40]) und dieß läßt sich rechtfertigen dadurch, daß man in einem solchen eidlichen Verzichte eine eidliche Intercession als implicite mit enthalten erblickt.

Zum Schlusse soll endlich ein Gesammtbild des so für die Frauen bestehenden Rechtszustandes gegeben werden.

Wird gegen eine Frau aus einer Bürgschaft geklagt, so hat der Richter die Klage ex officio angebrachter Maßen zurückzuweisen, sofern die Bürgschaft für den Ehemann eingegangen war, wenn nicht der Kläger einen der oben (§§. 7. 9. 10.) aufgezählten Falle (wozu auch eidlicher Verzicht gehört) als Klagegrund anführt. Nur hilft es dem Kläger Nichts, wenn er sich auf die Wiederholung nach zwei Jahren oder auf seine Minderjährigkeit beruft. Betrifft die Klage aber eine Bürgschaft für einen extraneus, so ist sie nur abzuweisen, wenn weder die Beobachtung der oben angegebenen Formvorschrift, noch einer der (§§. 7. 9. 10. genannten) Ausnahmsfälle in der Klage hervorgehoben wird. Auch hier würde aber das Anführen der Minderjährigkeit dem Gläubiger Nichts helfen. — Ist nun in der Klage (aus der Bürgschaft für einen extraneus) die Beobachtung der Formvorschrift behauptet, so ist die Klage zulässig. Es fragt sich aber jetzt, ob die Frau vom SC. Vell. Gebrauch machen will. Thut sie dieß, so kann nun auch erst der Gläubiger sich auf einen der erwähnten Wegfallsgründe berufen oder auf einen Verzicht der Frau. Für den minderjährigen Gläubiger ist dieß sogar die einzig passende Zeit, wo er von seinem Privilegium Gebrauch machen kann. Aber auch die andern genannten Fälle wird der Gläubiger, wenn er eine in der gehörigen Form abgefaßte Intercessionsurkunde vorlegen kann, nicht als Klagegrund, sondern erst als Replik gegen die exceptio SC. benutzen[41]).

---

40) Bd. II. S. 279 ff.

41) Durch diese Rücksicht auf die Beweislast erhält vielleicht das oben über c. 23. §. 2. Gesagte noch mehr Licht. —

§. 14.

Die persönliche Beschränkung der Frauen in Bezug auf die Bürgschaft hat diese gemein mit allen Intercessionen. Es giebt aber Beschränkungen der Art, welche der Bürgschaft ausschließlich angehören. Für das heutige Recht kommt nur noch[42]) in Betracht die Beschränkung der Soldaten und der Geistlichen.

In Bezug auf Beide erhebt sich die Frage, ob die einschlagende Bestimmung des Römischen Rechts noch im heutigen Rechte Geltung beanspruchen dürfe. Man könnte nämlich sagen, weder unsre Soldaten seien den Römischen Soldaten, noch unsre Geistlichen denen gleich zu behandeln, auf welche sich die Bestimmungen des Römischen[43]) Rechts beziehen, es fehle uns also diejenige Klasse von Personen, auf welche das Recht anzuwenden sein würde.

Allein für die Soldaten könnte dieß nur behauptet werden hinsichtlich derjenigen, die gar keinen besondern Stand bilden, wie z. B. hinsichtlich der Landwehr- und Bürgerwehrsoldaten; ferner beim stehenden Heere bezüglich der nur vorübergehend Dienenden, weil diese gar nicht einen besondern Lebensberuf aus ihrem Dienste machen, weil sie auch gar nicht dauernd aus dem bürgerlichen Leben und seinen Verhältnissen scheiden. Bei diesen läßt sich ein Ausschließen von bürgerlichen Rechtsgeschäften nicht ohne schroffen Widerspruch mit der Natur

---

42) Im Römischen Recht waren auch die Curiales in ähnlicher Weise beschränkt. S. oben Bd. I. S. 143. Bd. II. S. 283.

43) Ueber die angeblich hierher gehörigen Bestimmungen des Canonischen Rechts vgl. Bd. II. Kap. IV. (S. 387—89). — Von Nichtigkeit der Bürgschaft ist weder in c. 29. C. XI, 1., noch in c. IX. III. 22. die Rede. Vielmehr ist in c. 3. 2. X. eod. die Bürgschaft eines Geistlichen als gültig vorausgesetzt, wodurch freilich die speciellen Bestimmungen des R. R. nicht aufgehoben sein können.

der Sache durchführen. Dagegen lassen sich Officiere des stehenden Heeres und außer ihnen auch solche Soldaten, die auf Capitulation dienen, allerdings mit den Römischen Soldaten vergleichen.

Freilich hat sich in neuester Zeit eine Stimme von größtem Gewichte (v. Savigny Syst. III. S. 439) gegen die Anwendbarkeit aller derjenigen Bestimmungen des R. R. erklärt, welche sich auf den Soldatenstand als solchen beziehen, weil dieß zum öffentlichen Rechte gehöre, also nicht recipirt sei. Danach müßte es also gleichgültig sein, daß wir einen Stand haben, welcher dem Römischen entspricht. — Es dürfte jedoch sehr zweifelhaft erscheinen, ob man wirklich sagen könne, derartige Bestimmungen gehören dem öffentlichen Rechte an. Zunächst sind es jedenfalls privatrechtliche Rechtssätze; freilich jus singulare; die Voraussetzung für dieses singuläre Recht ist die Mitgliedschaft eines gewissen Standes, eines Standes, welcher durch einen Satz des öffentlichen Rechts für einen solchen erklärt wird. Soll man aber deßhalb nicht befugt sein, zu untersuchen, ob dieselben Voraussetzungen auch bei uns existiren und danach die Anwendbarkeit zu bestimmen, so ist nicht einzusehen, wie man dann doch Sätze des R. R. über Vorrechte des Fiscus, des Regenten oder über Verhältnisse zu dem letztern noch als geltendes Recht betrachten könne, da hier ebenfalls das öffentliche Recht in derselben Weise eingreift. —

Auch die Geistlichen unserer Zeit sind zum Theil mit denen unter den Römischen Kaisern zu vergleichen; denn nur für die protestantischen ließe sich behaupten, bei ihnen werde die Beschäftigung mit weltlichen Verhältnissen nicht nur nicht verboten, sondern sogar als nothwendig verlangt. — Hingegen katholische Geistliche (clerici und monachi) auszunehmen, läßt sich kein Grund anführen, da sie im Wesentlichen

den cleruis und monachis entsprechen, auf welche das Römische Recht angewandt werden sollte[44]).

Soweit läßt sich ein völliger Wegfall dieser Römischrechtlichen Bestimmungen keineswegs behaupten. Wünschenswerth erscheint es allerdings, daß wir derartiger singulärer Bestimmungen, welche gar keinen Zusammenhang mit unsern Anschauungen haben, bereits durch entschiedene desuetudo überhoben wären, allein auch hier haben wir einen Punkt vor uns, wo die Praxis durch unentschiedenes Schwanken[45]) uns um einen Vortheil gebracht hat, den sie durch Einstimmigkeit würde herbeigeführt haben. Es bleibt nur die Hoffnung auf ein Eingreifen der Gesetzgebung übrig.

Jene speciellen Fälle, welche das Römische Recht erwähnt, sind die schon oben angegebnen: bei Soldaten die Bürgschaft für Pachtungen, bei Geistlichen außer dieser[46]) (wovon jedoch die Bürgschaft für kirchliche Pachtungen auszunehmen ist) die Bürgschaft für Vormundschaften, sofern sie solche nicht selbst übernehmen dürfen. Und zwar müssen wir die Bürgschaft in solchen Fällen für nichtig in dem Sinne erklären, daß sie selbst durch einen Verzicht des Geistlichen oder Solda-

44) Auch hier könnte man die Bestimmungen des R. R. als dem öffentlichen Rechte angehörig für gänzlich unanwendbar erklären. Es gilt jedoch hier ganz dasselbe, was oben hinsichtlich des Soldatenstandes bemerkt worden.

45) Zu den oben Bd. II. S. 293 und 294 angeführten Erkenntnissen für Gültigkeit der Bürgschaft eines Soldaten ist noch hinzuzufügen ein Erkenntniß des Würtemb. Obertribunals v. 9ten Oct. 1818, daß die Bestimmung des Römischen Rechts, wenn sie überhaupt noch anwendbar sei, doch auf die speciellen in demselben bezeichneten Fälle zu beschränken sei (Hufnagel: Mittheilungen aus der Praxis der Würtemb. Civilgerichte, Tüb. 1846 I. S. 25. Nr. 13.).

46) Besonders hervorgehoben wird auch noch die Bürgschaft für Pachtung öffentlicher Einkünfte als unzulässig.

ten auf jene Bestimmungen nicht gültig wird. Denn zu dieser Auffassung zwingt uns die Begründung, in welcher die Rücksicht auf das öffentliche Wohl hervorgehoben wird. —

Man könnte versucht sein, die obigen Fälle als unanwendbar für das heutige Recht zu betrachten, weil sie[47]) mit dem öffentlichen Rechte zusammenhängen und weil Bestimmungen des öffentlichen R. R.'s nicht recipirt seien. Allein da ganz im Allgemeinen Pachtungen genannt sind, so paßt der Grund wenigstens auf diese nicht. Ueberhaupt aber verwechselt man hierbei öffentliche Verhältnisse oder Bestimmungen des öffentlichen Rechts mit privatrechtlichen Bestimmungen, welche beruhen auf einer Berücksichtigung des öffentlichen Wohls[48]). Diese letztern sind wegen dieser öffentlichen Rücksicht keineswegs schon unanwendbar und zu dieser Klasse gehören die hier besprochenen.

Soviel von der Beschränkung unseres Instituts rücksichtlich des zu verpflichtenden Subjects. Mit Unrecht hat man früher behauptet, daß auch für gewisse Verbindlichkeiten, namentlich für die Verpflichtung des Mannes zur Restituirung der dos, keine Bürgschaft rechtsverbindlich eingegangen werden könne. Denn wie schon oben (Bd. I. S. 145) bemerkt wurde,

---

47) D. h. die Fälle, die Verhältnisse, auf welche sich die Bestimmungen beziehen; dieser Einwand wäre also verschieden von dem oben erwähnten v. Savigny's, bei welchem letztern der Stand als Staatseinrichtung in's Auge gefaßt wird.

48) Derartige Anfechtungen der praktischen Gültigkeit sind bei allen singulären Bestimmungen des R. R. sehr natürlich, sie sind Aeußerungen eines Rechtsbewußtseins, dem jene Sätze fremd gegenüber stehen. Der Grund davon liegt überhaupt in der singulären Natur derselben, welche ihnen einen vorübergehenden Charakter aufdrückt. Es gilt dieß keineswegs bloß wenn eine öffentliche Rücksicht, sondern ebenso wenn Römische Sitte, Lebensanschauung, Familienverhältniß es waren, welche den Bruch in die ratio juris veranlaßten.

enthalten die dafür angeführten Stellen (c. 1. 2. C. 5. 20.) bloß, daß der Mann nicht zur Caution durch Bürgen gezwungen werden könne[49]). Davon aber, daß ein dessenungeachtet freiwillig bestellter Bürge nicht hafte, ist Nichts gesagt. — Auch durch Gewohnheitsrecht ist die entgegengesetzte Ansicht nicht sanctionirt worden, vielmehr haben sich die einflußreichsten Praktiker von jeher dagegen erklärt[50]).

---

49) Darauf machte schon Duarenus (Tract. ad Tit. volut. matrim. in dem Abschn.: de dotibus) aufmerksam. —

50) Ant. Faber (Cod. def. V. 14.), Groenewegen (de leg. abrog. Cod. V. 20.), Hartmann Pistoris (observ. 35.), Carpzov (Jurpr. for. II. 42. 17.), Mevius (decis. II. 367.), Leyser (VII. 870.) u. A. Manche beriefen sich freilich auf ein derogirendes deutsches Gewohnheitsrecht (so auch Schmid de fid. plane non obligato §. 78.), dessen sie gar nicht bedurften. —

Drittes Kapitel.

Eingehung der Bürgschaft.

(Fortsetzung — Eigenthümliche Erfordernisse der B.)

---

§. 15.

Wir wenden uns nunmehr zu den Erfordernissen, welche unserm Institute eigenthümlich sind, nachdem wir die eigenthümlichen Beschränkungen desselben bezüglich der sich verbürgenden Person bereits im vorhergehenden Kapitel erörtert haben. Die erste Frage für die folgende Darstellung scheint zu sein, ob wir noch im heutigen Rechte verschiedene Formen der Verbürgung unterscheiden müssen. Bevor dieser Punkt erörtert ist, läßt sich gar nicht an die Aufgabe, die eigenthümlichen Erfordernisse für die Entstehung einer gültigen Bürgschaft festzustellen, herangehen, denn jede verschiedene Form kann möglicherweise verschiedene Erfordernisse mit sich bringen.

Das Römische Recht kennt drei verschiedene Formen der Verbürgung: die Fidejussio, das Constitutum debiti alieni und das sog. Mandatum qualificatum. Die letztgenannte Form kennt auch das heutige Recht; auch beurtheilt es dasselbe nach eigenthümlichen Grundsätzen. Allein es geht schon aus dem oben aufgestellten Begriffe der Bürgschaft hervor, daß dieses Mandat, eben weil es als Mandat den Gläubiger zu einer Gegenleistung verpflichtet, nicht als Bürgschaft in jenem engern Sinne betrachtet werden darf. Es dürfte daher zweckmäßiger sein, der Erörterung dieses Mandats eine abgesonderte Darstellung zu widmen und uns jetzt allein auf die beiden ersten Formen zu beschränken. — Um zu beweisen, daß im heutigen

Rechte jener Unterschied zwischen Fidejussio und Constitutum nicht mehr bestehe, können wir zwei verschiedene Wege einschlagen; wir können erstens beweisen, daß die Verschiedenheit in den Wirkungen, welche das Römische Recht anerkannte [1]), nicht mehr bestehe, daß auch eine andere Verschiedenheit, die man auf die gesetzliche Autorität der Vulgatübersetzung des Novellentextes gegründet hat [2]), zu verwerfen sei. Wenn auf diese Weise festgestellt wird, daß die Unterscheidung jener zwei Formen für das geltende Recht mit keinem Unterschied in den Wirkungen zusammenhänge, so fällt alles Interesse für eine solche Unterscheidung im heutigen Rechte hinweg. — Dieser Beweis wird im Verlaufe der Darstellung im geeigneten Zusammenhang geführt werden.

Zweitens läßt sich der Wegfall jenes Unterschieds behaupten mit einfacher Berufung auf die gewohnheitsrechtliche Gestaltung unserer Bürgschaft. Es ist als unbezweifelt seit Anfang des 16. Jahrhunderts bis jetzt anzusehen, daß die Grundsätze der Fidejussio Platz greifen sollen, sobald nur die im §. 1. aufgestellten Erfordernisse in der Erklärung vorliegen, einerlei welcher bestimmte Ausdruck gebraucht ist. Eben dasselbe ist aber auch für das Constitutum anerkannt. Demnach könnte bei jeder Verbürgung (einerlei ob der Ausdruck, „sich verbürgen" oder „für den Andern zahlen zu wollen" gebraucht ist) ebenso wohl eine Fidejussio, als ein Constitutum angenommen werden. Daraus folgt weiter zur Unterstützung des Beweises hinsichtlich gleicher Wirkungen, daß die Annahme verschiedner Wirkungen nicht durchführbar wäre, weil im einzelnen Fall

1) Nach Justinians Aenderung (oben I. S. 106 f.) war nur übrig geblieben das bloße solidarische Verhältniß des Constituenten zum Hauptschuldner und das Fortbestehen des Constitutum's nach eingetretner Confusio zwischen Hauptschuldner und Constituenten.

2) Dem Constituenten soll das Beneficium excussionis nicht zustehen.

gar nicht bestimmt entschieden werden könnte, welche Form vorliege, also auch nicht, welche Wirkungen eintreten müßten.

Man könnte jedoch das Fortbestehen jenes Römischrechtlichen Unterschieds dadurch zu halten versuchen, daß man abgesehen von aller Form die beiden Institute — Fidejussio und Constitutum — unterschiede nach ihrer Römischrechtlichen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit in einzelnen Fällen; daß sie also zwar in denjenigen Fällen, wo das Römische Recht sowohl eine Fidejussio, als ein Constitutum zuließ, zusammenfielen, daß aber da, wo nach Römischem Rechte bloß ein Constitutum gültig eingegangen werden konnte, noch das heutige Recht ein besonderes constitutum debiti alieni annehmen müßte — also wenn sich Jemand unbedingt für eine bedingte Schuld verbürgt, oder auf einen andern Gegenstand als den der Hauptschuld, sei es alternativ mit diesem oder nicht oder auf eine größere Summe als die Hauptschuld beträgt [3]) oder auf einen frühern Termin oder mit einem andern Zahlungsort. Sofern mit diesem verschiedenen Inhalte auch verschiedene Wirkung zusammenhängt, könnte man auch noch von einem Constitutum mit verschiedner Wirkung sprechen.

Hiergegen läßt sich zunächst erwiedern, daß auf diese Weise nur nach dem zufälligen Inhalte unterschieden würde. Von eigentlicher Fortdauer jenes Römischen Unterschieds könnte man doch nicht mehr sprechen, da man ihn nur noch in den Fällen behaupten könnte, wo es gerade noch möglich ist, ihn zu erkennen — während man ihn für die meisten Fälle aufgeben muß. Jene Verschiedenheit der Wirkung aber — eben weil sie schon durch den Inhalt gegeben ist — rechtfertigt keine Unterscheidung zweier Verbürgungsarten. Um solche Verschiedenheit

3) Es fragt sich hierbei bloß um die Gültigkeit der Bürgschaft bis zu diesem Betrage.

der Wirkung zu erklären, reicht der oben gegebene Begriff der Bürgschaft allein schon vollkommen aus.

Es läßt sich aber noch weiter behaupten, daß dieser Versuch, noch jetzt in der angegebenen Weise zwischen Fidejussio und Constitutum zu unterscheiden, auch deßhalb ganz zu verwerfen sei, weil, auch wenn das Römische Recht uns kein Constitutum überliefert hätte, unser heutiges Recht, von der Römischen Fidejussio ausgehend, zu demselben Resultate gelangt wäre oder gelangen würde, weil also eine Bürgschaft in den oben aufgezählten Fällen ebenso gut für eine Fidejussio, wie für ein Constitutum erklärt werden kann. Dieß ist nun für die einzelnen Fälle zu beweisen.

1) Daß die unbedingte Fidejussio für eine bedingte Hauptschuld ungültig war, hing zwar, wie oben [4]) gezeigt, mit dem Erforderniß einer gültigen Hauptschuld zusammen. Dieses Erforderniß erkennt noch das heutige Recht an. Dessenungeachtet braucht es die Ungültigkeit einer solchen Bürgschaft nicht anzunehmen. Denn jener Zusammenhang zwischen der erwähnten Nichtigkeit und dem Erforderniß der gültigen Hauptschuld wurde hergestellt durch einen formellen Gesichtspunkt, der eben nur bei der Fidejussio wegen ihrer Stipulationsform geltend gemacht werden konnte [5]). Darum muß mit der Stipulationsform auch jener Satz als weggefallen gelten. Das heutige Recht erhält eine solche Bürgschaft aufrecht, indem es ihre Existenz von der Bedingung der Hauptschuld abhängig macht, d. h. indem es bei der Bürgschaft die Bedingung der Hauptschuld als stillschweigende Bedingung ergänzt.

---

4) 1stes B., Kap. 2.

5) Denn auch das Constitutum bedurfte einer gültigen Hauptschuld zu seiner Entstehung und doch war das unbedingte Constitutum für eine bedingte Hauptschuld gültig.

2) Die Nichtigkeit der Fidejussio in aliam rem hatte ihren nächsten Grund zwar darin, daß in diesem Falle wegen Verschiedenheit des Gegenstands keine vollständige Identität zwischen Hauptschuld und Fidejussio Statt fand und man könnte dieß mit dem Correalverhältniß des Fidejussor in Verbindung bringen. Dieses Correalverhältniß des Fidejussor ist aber ein accessorisches und somit läßt sich jener Mangel der Identität bezeichnen als Mangel einer Hauptschuld [6]). Dieser Mangel macht aber auch ein Constitutum ungültig und doch kann es auf einen andern Gegenstand, als die Hauptschuld, gerichtet werden. Dieß muß uns berechtigen, die Nichtigkeit der Fidejussio auch in diesem Falle aus dem formellen Gesichtspunkte abzuleiten, weil gerade das Formelle den Hauptunterschied zwischen Fidejussio und Constitutum bestimmt.

Vergegenwärtigen wir uns das Verhältniß zwischen Fidejussio und Constitutum. Bei einer Fidejussio in aliam rem erschien die alia res als Gegenstand der Fidejussio und ihre Stipulationsform zwang, dieß als Hauptrichtung der Bürgschaftsobligatio anzusehen, also danach die Frage hinsichtlich der Identität zu entscheiden. Dagegen das Constitutum wurde als bloßes und zwar formloses Zahlungsversprechen betrachtet. Als solches konnte es auf einen andern Gegenstand gerichtet werden, ohne daß ein Hinderniß vorlag, darin zugleich die Beziehung auf die constituirte Schuld zu erkennen. Freilich blieb man hier wieder bei dem andern Extreme stehen, man erblickte im Constitutum nur das Versprechen, zahlen zu wollen, man ging nicht so weit, in diesem Versprechen die Uebernahme der con-

6) Denn die Hauptschuld, für welche der Fidejussio eingegangen wurde, ist auf einen andern Gegenstand gerichtet, also diese, konnte man sagen, habe der Bürge nicht auf sich genommen — eine andere aber, wenn sie auch denselben Gegenstand zum Inhalte hat, wollte er nicht übernehmen.

stituirten Schuld als implicite mit enthalten anzuerkennen [7]). Wenn also jene Entscheidung des Römischen Rechts mit einem von uns aufgegebenen formellen Standpunkte zusammenhing, so hat das heutige Recht auch diese Consequenz desselben zu verwerfen. Wird daher jetzt eine Bürgschaft auf einen andern Gegenstand gerichtet, so können wir eine solche auch für eine gültige Fidejussio [8]) erklären; indem wir dabei lediglich in der Interpretation des Rechtsgschäfts von den Römischen Juristen abweichen. Wir erkennen in einer solchen Bürgschaft den Willen, die bestimmte Hauptschuld zu übernehmen; daneben finden wir aber eine Verabredung hinsichtlich der Zahlung, daß eine datio in solutum von bestimmter Art Platz greifen dürfe; gerade so wie das heutige Recht umgekehrt in einem Zahlungsversprechen zugleich die Uebernahme der Schuld selbst (und somit die Begründung eines Correalverhältnisses) als implicite mit enthalten annimmt.

Damit haben wir zugleich die Entscheidung der Frage hinsichtlich einer alternativen Bürgschaft [9]); die Unzulässigkeit derselben beruhte ja gleichfalls darauf, daß es doch nur in der Wahl des Bürgen oder des Gläubigers stehe, der Fidejussio ein anderes Object als der Hauptschuld zu geben und dadurch die Identität zwischen beiden Obligationen aufzuheben.

3) Nach dem oben aufgestellten Interpretationsgrundsatze läßt sich auch die heutige Gültigkeit in den Fällen behaupten, wo die Römischen Juristen sagen, der Fidejussor sei in duriorem

---

7) Daher konnte man kein Correalverhältniß zwischen Constituent und Hauptschuldner annehmen.

8) D. h. vom Standpunkte dieses Instituts aus, wie es nach Wegfall der Stipulationsform zu beurtheilen ist.

9) Sei es, daß die Hauptschuld nur auf den einen der beiden Gegenstände geht oder alternativ auf beide, wenn nämlich im letztern Falle der Schuldner die Wahl hat.

causam acceptus. Es ist nämlich oben nachgewiesen worden, wie die Richtigkeit der Fidejussio in diesen Fällen sich allein erklären läßt aus anfänglicher Gleichstellung derselben mit der fidejussio in aliam rem. Daher muß das oben Gesagte auch hier gelten. Freilich gründeten die Römischen Juristen der spätern Zeit (wie schon der Ausdruck durior causa zeigt) diese Ungültigkeit auf die härtere, drückendere Lage der Bürgen. Allein dieses Princip können wir nicht als gültig anerkennen; 1) weil es Fälle giebt, wo die Lage des Fidejussor offenbar eine härtere und wo doch die Fidejussio gültig ist [10]); 2) weil sich aus diesem Principe nur die theilweise, nicht die gänzliche Ungültigkeit rechtfertigen läßt. Denn wer sich auf eine größere Summe verbürgt, ist nur dann schlimmer als der Hauptschuldner gestellt, wenn das Recht ihn wirklich über den Betrag haften läßt. Das Römische Recht kennt den Grundsatz: utile per utile non vitiatur und wenn es sich bloß um die Erleichterung des Fidejussor's gehandelt hätte, so stand Nichts im Wege jenen Grundsatz in Anwendung zu bringen — auch die Form der Fidejussio nicht, denn selbst auf Stipulationen wurde jener Satz angewendet. Um die totale Ungültigkeit zu rechtfertigen, bleibt nur die Auffassung der durior causa als alia res übrig. Mit dem allgemeinen Satze freilich, daß eine Bürgschaft, welche duriorem causam enthält, nach heutigem Rechte gültig sei, ist noch nichts Bestimmtes gesagt; es bleibt ungewiß, ob der Inhalt derselben auf den der Hauptschuld zu reduciren sei (nach dem Grundsatze: utile per inutile etc.) oder ob die ganze Bürgschaft gültig sein müsse. Daß das Erstere dann geschehen müsse, wenn die Bürgschaft auf eine größere Summe gerichtet ist, darüber ist kein Zweifel; so entscheidet ja auch das Römische Recht beim Constitutum. Wie aber wenn die Bürgschaft auf

10) So z. B. die Fidejussio für eine naturalis obligatio. Vgl. oben B. I. Kap. 2.

einen frühern Termin oder auf einen andern Zahlungsort geht? Gegen die Annahme der Zulässigkeit dieser Bürgschaft in ihrem Gesammtinhalte könnte man einwenden, daß ja dann für diese günstigen Nebenbestimmungen die Hauptschuld fehle. Indessen da doch derartige Nebenbestimmungen beim Constitutum gelten und doch auch das Constitutum gerade das Erforderniß der Hauptschuld mit der Fidejussio gemein hat, so dürfen wir von vornherein erwarten, daß auch für die Fidejussio sich ein Ausweg finden lasse, um diese Schwierigkeit zu umgehen. Dieser ist uns denn wieder in der obigen Interpretationsweise gegeben. Wir trennen bei einer solchen Bürgschaft die Uebernahme der fremden Verbindlichkeit — dieß ist die eigentliche Fidejussio — und betrachten als einen gesonderten Nebenvertrag die Bestimmung des früheren Termins oder eines andern Zahlungsorts.

Die Zulässigkeit eines solchen Nebenvertrags kann nach heutigem Rechte keinem Zweifel unterliegen, wenn man nur erwägt, daß die härtere Lage des Bürgen an sich der Gültigkeit seiner Verbindlichkeit keinen Eintrag thut[11]).

Nachdem im Vorhergehenden nachgewiesen worden, daß ein Unterschied — entsprechend dem Römischrechtlichen zwischen Fidejussio und Constitutum — nicht durchführbar ist, weil man selbst in allen Fällen, den etwa das Römische Recht ausschließlich dem letztern zugewiesen hätte, nach heutigem Rechte ebenso gut auch eine Fidejussio (d. h. das, was von diesem Institute

---

11) Auf den Einwand, daß doch wenigstens in der Festsetzung eines früheren Termins ein positiver Vortheil für den Gläubiger wegen der Zinsen der Zwischenzeit liege, daß er sich also wenigstens das interusurium müsse abziehen lassen, weil außerdem die Bürgschaft auf eine größere Summe gehen würde, dient zur Entgegnung, daß nach Römischem Rechte die vorzeitige Zahlung weder als Schenkung unter Ehegatten gilt (l. 31. §. 6 D. 24. 1.), noch den Zahlenden zu einer condictio indebiti berechtigt (l. 10. 17 D. 12. 6). Vgl. Savigny Syst. IV. S. 38.

nach Abstreifung der eigenthümlichen Form bleibt) annehmen darf — so dürfen wir nun der Sache die Gestalt geben, welche allein dem Standpunkte unsrer heutigen Rechtswissenschaft entspricht. Wir müssen demnach unsere Bürgschaft bezeichnen als ein Rechtsinstitut, welches vollständig in allen Einzelheiten weder der Fidejussio, noch dem Constitutum entspricht, sondern nur dem Kerne, welcher beiden gemeinsam war. Dieser Kern aber, das Wesen der Bürgschaft, kam in Gestalt der Fidejussio zu einer weit consequenteren Ausbildung, als beim Constitutum. Ueber dieses sind unsere Rechtsquellen nicht nur weit ärmer an Bestimmungen, sondern dieselben, soweit sie hier von Wichtigkeit, betreffen allein eine freiere Zulässigkeit in der Anwendung und im Inhalte. Der Grund aber, wodurch diese möglich wurde, die Auffassung als Zahlungsversprechen, führte hinwiederum, zu äußerlich festgehalten, zu Rechtssätzen, welche dem Wesen unseres Instituts keineswegs entsprechen [12]).

Daher dürfen wir den vorwiegenden Antheil an der Ausbildung unsrer Bürgschaft unbedenklich der Fidejussio zuschreiben, wie sich dieß auch aus der gewohnheitsrechtlichen Gestaltung nachweisen läßt. Demnach begründet unsre Bürgschaft ein Correalverhältniß, die Haftung für die mora des Hauptschuldners u. s. w. (das Letztre ist für das constitutum in den Quellen wenigstens nicht ausdrücklich festgesetzt).

§. 16.

Diese Bürgschaft unsres heutigen Rechts erfordert zu ihrer Eingehung, außer dem Ausdruck von der in §. 1. bestimmten Beschaffenheit, die rechtliche Existenz einer Hauptschuld; sei es übrigens eine klagbare Schuld oder eine bloße naturalis obligatio, bestehe sie jetzt schon, oder sei es eine künftige, erst zu erwartende Verbindlichkeit. Auch für eine noch ganz

12) Nämlich, daß das Constitutum kein Correalverhältniß begründe:

ungewisse Schuld kann eine Bürgschaft eingegangen werden, und ist in diesem Falle die Verbürgung unbedingt abgefaßt (oder unter einer andern Bedingung), so ist die Bedingung der Hauptschuld als stillschweigend vorausgesetzt zu denken. Wegen dieses Erfordernisses ist es nöthig, daß auch diejenige Bürgschaft, welche auf einen andern Gegenstand gerichtet ist, so ausgelegt werde, der Bürge solle zunächst zwar auf den Gegenstand der Hauptschuld haften, zugleich aber das Recht haben, die Zahlung auch in einer bestimmten andern Sache zu leisten [13]). — Ferner folgt aus diesem Erfordernisse, daß die Bürgschaft auf eine größere Summe nur bis zum Belauf der Hauptschuld gültig ist. Man hat hierbei die Frage aufgeworfen, ob der Ueberschuß nicht als Schenkung betrachtet werden und als solche wirksam sein könne. Es ist dieß eine Frage, die sich auch in dem Falle stellen läßt, wo gar keine Hauptschuld existirt; dann fragt es sich, ob die ganze Bürgschaft nicht als Schenkung aufrecht erhalten werden könne. Für beide Fragen gilt dieselbe Antwort.

Im Allgemeinen kann nur gesagt werden, daß die Beantwortung dieser Fragen auf eine quaestio facti hinauslaufen muß. Es hängt Alles davon ab, ob der animus donandi bei dem Bürgen vorhanden war und ob der Gläubiger ihn kannte und annahm. Ist dieß nicht der Fall, und die Fassung als Bürgschaft begründet eine Vermuthung dagegen, so ist die Bürgschaft im letztern Falle ganz, im erstern wenigstens für den Ueberschuß ungültig. — Obgleich aber die Vermuthung für diese Beurtheilung, also für die gänzliche resp. theilweise Nichtigkeit spricht, so sind doch Fälle denkbar, wo sich die Absicht zu schenken mit der äußern Gestalt einer Bürgschaft verträgt, wenn auch von einer wirklichen Bürgschaft im juristischen

---

13) S. den vor. §.

Sinne nicht die Rede sein kann. — So wenn der Bürge, die juristische Ungültigkeit der Hauptschuld wohl kennend, die bloße moralische Verpflichtung eines Andern im Sinne hatte. Durch die Beziehung auf eine solche moralische Verbindlichkeit erklärt sich dann der gewählte Ausdruck einer „Bürgschaft"; besteht daneben die Absicht, daß diese als Bürgschaft eingegangene Verpflichtung rechtlich bindend sein solle, so kann dieß als bedingte Schenkung aufrecht erhalten werden, z. B.: Es hat A dem B unentgeltlich Dienste geleistet, wie Andre sie nur gegen Bezahlung leisten — etwa Unterricht aus Gefälligkeit ertheilt; darauf kommt er in eine Lage, in deren Voraussicht er bloß gegen Bezahlung würde unterrichtet haben; es ist anzunehmen, daß B, bei guten Vermögensumständen, es als eine Schuld der Dankbarkeit betrachte, dem A jetzt, wenn er es verlangt, seine Dienste zu bezahlen. C, welcher dieß für eine Ehrenschuld des B hält, verbürgt sich dafür bei A. Wenn er dabei nicht von der irrigen Voraussetzung ausging, B sei rechtlich verpflichtet, sondern die Absicht hatte, falls B nicht leiste, statt seiner zu bezahlen, und wenn er sich rechtlich dazu verpflichten wollte, so liegt ein bedingtes aber gültiges Schenkungsversprechen vor. —

Gar nicht hierherzuziehen ist übrigens ein Fall, an welchen nur wegen des Ausdrucks: „ich verbürge mich", hierbei gedacht werden könnte. Es läßt sich jedoch schon im Ausdruck eine Verschiedenheit von den hierher gehörigen Fällen angeben. Im Bisherigen wurde nämlich stets vorausgesetzt, daß sich Jemand verbürgt für das, was ein Andrer schulde oder schulden würde. — Heißt es dagegen: ich verbürge mich dafür, daß ein Andrer Dir ein Versprechen leisten, eine Schuld anerkennen — überhaupt eine Verbindlichkeit eingehen werde — so liegt gar keine Bürgschaft vor; denn in dem Augenblicke, wo die Verbindlichkeit, welche Hauptschuld sein könnte, zur Exi-

stenz kommt, in demselben Augenblicke erlischt ja die Haftung aus einem derartigen Versprechen. — Was aber vorliege, richtet sich nach dem einzelnen Falle. Er kann enthalten die Verpflichtung, Alles zu thun, damit der Andre die Verpflichtung eingehe oder ein bedingtes Versprechen (unter der Bedingung, wenn der Andre es nicht thue) auf das Interesse oder auf den Gegenstand der beabsichtigten Verpflichtung. —

Nicht minder wichtig und wenigstens in diesem Zusammenhange noch gar nicht aufgefaßt ist eine dritte Consequenz aus dem Erforderniß einer gültigen Hauptschuld. Es ist dieß der Satz, daß alle Exceptionen, welche die Hauptschuld selbst ihrem naturalen Bestandtheile nach aufheben, vorausgesetzt, daß sie schon zu der Zeit begründet sind, wo die Bürgschaft eingegangen wird, daß diese Exceptionen auch der Bürge vorschützen darf. — Eine solche Hauptschuld wird nämlich in sofern einer ipso jure nichtigen gleich behandelt, daß auch die Bürgschaft keine größere Wirksamkeit haben, sondern ebenfalls durch exceptio entkräftet werden soll.

Auf diesen Satz reducirt sich die gewöhnliche Lehre, daß dem Bürgen alle Exceptionen des Hauptschuldners zustehen müßten [14]. Indem man dieses in solcher Allgemeinheit hinstellte, wurde man verhindert, den wahren Zusammenhang mit dem Erforderniß einer gültigen Hauptschuld zu erfassen. — Es ergiebt sich aber aus diesem Zusammenhange zugleich, wie verkehrt es ist, wenn oft gelehrt wird, demjenigen Bürgen, welcher den Gläubiger ausdrücklich gegen gewisse Einreden sichern wolle, seien diese abzusprechen und der donandi animo sich Verbürgende habe gar keine Einreden aus der Person des Haupt-

14) In allen übrigen Fällen nämlich hat der Bürge eine Exceptio nur mittelst des ben. ordinis oder in Folge seines Regresses, wie sie auch ein principaler Correalschuldner haben kann — und nur wenn er einen Regreß hat. Vgl. darüber unten Kap. 6.

schuldners[15]). Soll dieß auch z. B. hinsichtlich der exceptio SC. Vell. gelten, so müßte man überhaupt das Erforderniß einer Hauptschuld aufgeben (als ein vom Willen der Parteien unabhängiges). Das Richtige an jener Behauptung ist, daß derartige Verpflichtungen allerdings vorkommen können, wodurch der Gläubiger z. B. gerade gegen die exc. SC. Vell. gesichert werden soll, daß eine solche Verpflichtung aber nicht als Bürgschaft, sondern nur soweit gelten kann, als sie die Erfordernisse einer gültigen Schenkung an sich trägt. Die Behauptung hinsichtlich der Verbürgung donandi animo dagegen ist nur für gewisse Einreden richtig (s. Kap. 6.).

§. 17.

Es versteht sich zwar von selbst, daß das Erforderniß einer Hauptschuld nur dann vorhanden, d. h. daß nur dann die Bürgschaft auf eine gewisse Hauptschuld als solche zu beziehen ist, wenn diese Beziehung bei der Verbürgung deutlich hervorgehoben ist. Dennoch kann die Anwendung dieses einfachen Satzes im einzelnen Falle nicht ohne Schwierigkeit sein. Besonders gilt dieß hinsichtlich der Accessionen und mehrerer künftiger Verbindlichkeiten. Die Schwierigkeit liegt bei beiden darin, daß eine Bürgschaft für eine bestimmte Schuld unbezweifelt vorliegt, daß es sich also um die Ausdehnung über diesen ihren nächsten und Hauptinhalt handelt. Demnach gehen wir damit über zu der Interpretation des Bürgschaftvertrags. —

Als eine solche Interpretationsfrage ist zunächst zu bezeichnen die Frage, ob der Bürge auch auf vertragmäßige Accessionen, wie namentlich vertragmäßige Zinsen, hafte[16]).

15) v. Vangerow III. S. 142 f.

16) Diese Frage wird in der Regel gemeinschaftlich mit der Frage hinsichtlich der Verzugszinsen beantwortet. Die ältere Literatur findet

Diese Frage ist zu trennen von der Frage nach der Haftung für Verzugszinsen; denn wenn es auch bei diesen ebenfalls hauptsächlich auf Interpretation des Bürgschaftvertrags ankommt, so hat diese doch hier nur den Zweck, festzustellen, ob der Bürge die fragliche Hauptschuld übernommen, die Verpflichtung zu den Verzugszinsen entsteht dann nicht durch seinen Willen, durch eine besondere Uebernahme derselben, sondern von selbst als Folge des Bürgschaftsverhältnisses. Dagegen seine Verpflichtung zu vertragsmäßigen Zinsen kann nur hergeleitet werden aus seinem Willen, dieselben zu übernehmen; es fragt sich hier, ob ein Bestandtheil der Hauptschuld auch Gegenstand der Bürgschaft sei. So wenig man aber aus der Bürgschaft für die Hälfte die Bürgschaft auf das Ganze herleiten kann, ebenso wenig darf man schließen oder präsumiren, weil der Bürge sich für das Kapital verbürgt habe, so habe er sich auch auf die Zinsen verbürgen wollen. Damit dieser Wille angenommen werden dürfe, muß ein entsprechender Ausdruck für denselben vorliegen. Im einzelnen Falle kann es freilich zweifelhaft sein, ob in der Bürgschaft für ein (verzinsliches) Darlehn nicht auch die Verbürgung für die Zinsen liegen soll. Die Hauptsache ist jedoch, daß festgestellt werde, für welche Absicht zu präsumiren sei, wenn aus dem Ausdrucke weder die Beschränkung auf die Kapitalsumme, noch die Ausdehnung auf die Zinsen sich mit Bestimmtheit entnehmen läßt. In dieser Beziehung muß offenbar davon ausgegangen werden, daß ein Wille nur angenommen werden kann, soweit seine Existenz un-

---

sich bei Hering de fidejuss. c. 24. nr. 216 ss. Voet. comm. tit. de fid. nr. 13, Schmid de fid. plane non obl. §. 49 ss. Von neueren Schriftstellern vgl. v. Madai Mora S. 415 ff. v. Hufnagel Mittheilungen S. 339 ff. und dess. Werks N. F. (Nachtr. z. 1sten B.) S. 735. Bei dem Letztgenannten findet sich eine Zusammenstellung verschiedener praktischer Fälle mit Entscheidungen Würtembergischer Gerichte.

zweifelhaft ausgesprochen ist, daß also eine Hauptschuld auch nur soweit für verbürgt gelte, als dieß deutlich vom Bürgen ausgedrückt worden; daher im Zweifel nur für den Kapitalbetrag, nicht für die Zinsen. —

Demnach wird der Bürge nicht auf die Zinsen haften, wenn es in der Bürgschaftsurkunde etwa heißt: „für obiges Kapital von 400 Fl.“ In diesem Falle hat die Beschränkung auf das Kapital schon deßhalb keinen Zweifel, weil die bestimmte Summe noch hinzugefügt und weil anzunehmen ist, daß dieß nicht müssig stehe, was doch der Fall wäre, wenn es nicht jene Beschränkung enthalten sollte. Allein auch wenn es hieße: „für obige 400 Fl.“ oder „für obiges Kapital“ müßte die Vermuthung für die beschränkte Haftung sein oder richtiger gesagt: es läge kein Grund vor, um die Haftung für die Zinsen anzunehmen. — Allerdings aber kann aus den mit der Verbürgung verbundenen Umständen hervorgehen und nachgewiesen werden, daß der Bürge trotz seines beschränkten Ausdrucks sich für das ganze Schuldverhältniß mit Einschluß der Zinsen habe verbindlich machen wollen — so wenn dieß von vornherein beabsichtigt war, wenn der Gläubiger nur unter dieser Bedingung dem Schuldner creditiren wollte und der Bürge dieß wußte.

Dagegen ist es auch auf der andern Seite nicht nöthig, daß der Bürge die Zinsen ausdrücklich erwähne; es muß genügen, wenn er z. B. sagt: für die obige Schuld, für das obige Darlehn u. dgl.[17]) (vorausgesetzt, daß er die Verzinslichkeit des Kapitals kannte) oder wenn er die Urkunde unterschreibt mit dem Zusatze „als Bürge“. —

17) Dieß haben wohl die älteren Schriftsteller im Sinne, wenn sie behaupten, daß der Bürge für vertragsmäßige Zinsen immer hafte, wenn er sich für die Schuld verbürgte und dabei wußte, daß es eine verzinsliche sei. —

Dieß ist denn auch ganz entsprechend den Entscheidungen, welche unsre Quellen hierüber geben. Ausdrücklich auf den Fall vertragsmäßiger Zinsen bezieht sich l. 10 C. 8. 41., wo es heißt, der Bürge hafte auf die Zinsen nur: si in usuras quoque obligatus est.

In der That bedürfen wir jedoch besondrer Entscheidungen gar nicht, da sich das obige Resultat aus allgemeinen Grundsätzen ergibt. Man muß sich dabei nur hüten, dasselbe als Ergebniß und Folgerung aus einer angeblichen stricti juris Natur unsrer heutigen Bürgschaft zu betrachten. —

Die zweite Klasse von Fällen, welche hier zu besprechen sind, bezieht sich auf die Bürgschaft für dauernde Schuldverhältnisse, welche eine ganze Reihe nach einander entstehender Verbindlichkeiten umfassen. Es läßt sich daher in diesem Falle auch sagen, die Bürgschaft umfasse mehrere Bürgschaften für künftige Verbindlichkeiten. Wer also z. B. für einen Pachtcontract, der auf länger als 1 Jahr geschlossen wird oder für die Zinsen eines Darlehns sich verbürgt, der geht soviele Bürgschaftsverbindlichkeiten ein, als das verbürgte Schuldverhältniß einzelne Leistungen in sich faßt. Es versteht sich daher von selbst, daß, wenn er in diesem Falle sich für eine bestimmte Zeit, z. B. 5 Jahre, verbürgt, er auch nur für das Pachtgeld oder die Zinsen dieser 5 Jahre haftet. Ebensowenig aber kann es in Zweifel gezogen werden, daß wenn der Hauptcontract nur auf eine bestimmte Zeit z. B. 5 Jahre eingegangen war [18]),

---

18) Anders wenn auf 5 Jahre aber mit der Bestimmung, daß wenn einer der Contrahenten alsdann das Verhältniß auflösen wolle, er es ein Halbjahr vorher kündigen müsse. Hier ist das Verhältniß im Wesentlichen gleich dem Falle, wo es unbestimmt auf Kündigung eingegangen wird, nur ist daneben bestimmt, daß die einseitige Kündigung überhaupt in den ersten 5 Jahren nicht beliebig geschehen dürfe. Dieser letztre Nebenvertrag kann den Bürgen nicht vortheilhafter stellen als bei dem unbe-

daß dann auch der Bürge nur für die Leistungen (Pachtgeld oder Zinsen) dieser 5 Jahre hafte, daß daran eine Verlängerung des Hauptcontracts gar Nichts ändre, daß es ihn weder von der Haftung für den bis jetzt fälligen Leistungen befreie, noch ihm die Verbindlichkeit auflege, für später entstehende Verpflichtungen einzustehen [19]). Dieß gilt auch von dem ganz analogen Fall der Bürgschaft für einen Beamten z. B. Kassenbeamten. Lautet in diesem Falle entweder die Anstellung oder die Bürgschaft auf eine bestimmte Zeit, so kann von einer Haftung des Bürgen für spätere Nachlässigkeiten oder Defecte des Beamten (wenn im 1sten Falle die Anstellung verlängert wird) nicht die Rede sein und es bedarf nicht etwa seinerseits einer Protestation [20]). Allein auch wenn keine bestimmte Zeit dem Hauptcontract oder der Bürgschaft hinzugefügt ist, kann die

---

stimmt auf Kündigung eingegangenen Verhältnisse und er haftet daher auch so lange bis einseitig gekündigt wird — also auch nach Ablauf der 5 Jahre; denn die Fortdauer z. B. des Pachts nach dieser Zeit ist wesentlich verschieden von einer relocatio tacita, da diese die Aufhebung des Pachts durch Zeitablauf voraussetzt. So entschied auch im Jahre 1745 das OAG. in Celle (Pufendorf obss. j. un. II. o. 42.). —

19) In älterer Zeit stritt man über diese Frage, weil man die wesentlich verschiedenen Fälle einer Verlängerung des Contracts selbst und einer bloßen Prorogation des Zahlungstermins nicht von einander schied. Vgl. über die ältere Literatur Vinnius sel. quaest. II. c. 41. 42. C. E. F. Koch de fidejussione ad tempus Jen. 1821. —

20) Die Nothwendigkeit einer solchen Protestation darf man auch nicht aus c. 7. C. IV. 65 herleiten; dort wird zwar von der Rückforderung der cautio durch den Bürgen gesprochen; allein es wird nur erwähnt als eine von den vorgetragenen Thatsachen, welche freilich die Nichthaftung des Bürgen für die spätere Zeit außer Zweifel setzte; daß sie irgend ein wesentlicher Grund der Entscheidung sei, wird durch Nichts angedeutet. Der Entscheidungsgrund liegt in den Worten: si non consensisti und nur sofern dieß aus der Rückforderung der cautio hervorgeht, wird auch auf dieses Gewicht gelegt. —

Interpretation der letztern in Frage kommen und dieß ist namentlich auch der Fall bei der ebenerwähnten Bürgschaft für einen Kassenbeamten, wenn nämlich der Kassenherr in Beaufsichtigung desselben nachlässig war und der Bürge auf diese Nachlässigkeit den Anspruch auf Befreiung baut. In einem solchen Falle nämlich könnte der Bürge als scheinbare Gründe nur folgende geltend machen:

1) Wäre die Controle mit gehöriger Strenge und Pünktlichkeit geführt worden, so wäre der Kassenführer in fortwährender Besorgniß erhalten worden, daß Unordnungen und Veruntreuungen alsbald entdeckt werden würden und derselbe würde sich Nichts haben zu Schulden kommen lassen. — Dieß hieße aber mit andern Worten, die Bürgschaft sei gar nicht für absichtliche Defecte eingegangen worden, also gerade für den Hauptfall nicht oder, anders ausgedrückt, würde der Bürge sagen: ich habe mich zwar verbürgt, allein es war nicht so ernstlich gemeint. Denn wenn er überhaupt für Vergehungen des Beamten einstehen wollte, so ist es völlig einerlei, ob diese ihm leicht oder schwer, wahrscheinlich oder unwahrscheinlich waren.

2) Bei Anwendung der üblichen Controle würde der Betrag der so entstandenen Hauptschuld ein geringerer geworden sein. Dieß könnte der Bürge etwa dann sagen, wenn mehrere aufeinanderfolgende Defecte vorliegen und wenn etwa die herkömmlichen jährlichen Revisionen unterlassen sind. Es könnte scheinen als drohe hier dem Bürgen eine Ausdehnung seiner Haftpflicht über ihren beabsichtigten Umfang, als dürfte er nur belangt werden auf den Betrag der Defecte, welcher bis zu der ersten zu erwartenden Revision erwachsen war. Denn ohne Zweifel hätte die nächste Revision schon Absetzung des Kassenführers zur Folge gehabt; also wäre die Haftung des Bürgen auf diesen Betrag beschränkt geblieben. Allein erstens konnte doch der Bürge unmöglich voraussehen bei seiner Ver-

bürgung, daß der Beamte, wenn er überhaupt Defect mache, bis zur ersten Revision gerade nur soviel, z. B. 100 Thlr. und nicht gleich den ganzen jetzigen Betrag — 1000 Thaler nehmen werde; sodann war möglicherweise gerade die ihm bekannte Nachlässigkeit in der Revision der Grund für den Kassenführer, nachdem er bereits einmal in die Kasse gegriffen, dabei einstweilen stehen zu bleiben, während ihn die Ueberzeugung, daß ihn die nächste Revision um sein Amt bringen würde, vielleicht zu einem weit größern Defect veranlaßt hätte. Um es kurz zu bezeichnen: um auf die Voraussetzung gewisser Umstände (z. B. jährlicher Revisionen) ein Gewicht legen zu dürfen, müßte ein nothwendiger Zusammenhang zwischen dem Vorausgesetzten und dem Umfange, der Größe der eingegangenen Verpflichtung bestehen. Ein solcher Zusammenhang fehlt in diesem Falle. Es läßt sich nicht nachweisen, daß der Defect kleiner und wie klein er sein würde, wenn die Revisionen eingehalten worden. Man darf auch nicht etwa sagen, daß hierdurch eine Bürgschaft für mehrere successive Verpflichtungen angenommen werde, daß aber der Bürge nur e i n e n Defect habe übernehmen wollen; denn er habe voraussetzen dürfen, daß er nach diesem nicht länger an seiner Stelle bleiben werde. Dagegen ist zu bemerken, daß der Begriff „Kassendefect" (und die dadurch begründete Verpflichtung) in dem Augenblicke der Constatirung durch Revision überhaupt erst entsteht; also ist hier durchaus nur von einer Bürgschaft für e i n e Verpflichtung die Rede. Hat er diese überhaupt übernehmen wollen, so könnte seine Voraussetzung nur von Einfluß sein, wenn er einen bestimmten Zusammenhang derselben mit der Größe der Verpflichtung nachwiese. Ueberhaupt aber käme man mit so bereitwilliger Rücksicht auf Voraussetzungen dahin, den Bürgen von den Verzugszinsen freizusprechen, wenn er sie nicht aus-

drücklich übernommen, weil er wohl vorausgesetzt hat, der Hauptschuldner werde den Termin pünktlich einhalten [21]).

3) Am Scheinbarsten wäre der Einwand des Bürgen, daß er dem Gläubiger (hier dem Kassenherrn) nur habe einstehen wollen für wirklichen Schaden, den er also ohne seine Schuld erleiden würde, kurz daß seine Bürgschaft ein Versprechen der Schadloshaltung [22]) sei.

Wenn der Bürge dieß erweisen kann, so wird er allerdings durch die Nachlässigkeit des Kassenherrn insoweit befreit, soweit durch sorgfältige Controle der Defect hätte verhindert werden können. Allein der B. kann nicht verlangen, daß für eine solche Auffassung präsumirt werde, vielmehr spricht die Vermuthung gegen ihn und er wird den Einwand schwerlich beseitigen können, daß derartige Bürgschaften für Beamte eben nicht bloß mit Bezug auf eigentliches unverschuldetes damnum des Herrn, sondern gerade zu dem Zwecke verlangt werden, damit man möglichst gesichert sei. Ja es liegt sogar in einer solchen Bürgschaft eine Art Garantie (nicht bloß im moralischen, sondern ebenso im juristischen Sinne) für die Zuverlässigkeit dieses bestimmten Menschen und in Folge dessen wird eben der Kassenherr (in unserm Falle) im Vertrauen auf den so verbürgten und empfohlenen Mann eine genauere und strenge Beaufsichtigung desselben für überflüssig halten. —

Keiner dieser Gründe würde also stichhaltig sein, um für den Bürgen gänzliche oder theilweise Freisprechung zu bewirken;

---

21) Auch müßte danach der Bürge, welcher sich für alle Schulden, die ein Andrer bei einen Dritten machen werde, bei diesem verbürgt hat, von dem Gläubiger verlangen dürfen, daß er sich fortwährend nach den Vermögensumständen des Schuldners erkundige, um, wenn sie sich wesentlich verschlechterten, nicht mehr zu creditiren. —

22) So wird es in der That aufgefaßt in Bülow und Hagemann's prakt. Erört. II. S. 149.

der Regel nach wird eine richtige Interpretation dahin führen müssen, in solchem Falle die Verbürgung auf jeden Defect zu beziehen, der durch diesen Beamten hervorgebracht wird, einerlei ob die Controle mit Strenge oder mit Nachlässigkeit gehandhabt worden [23]).

---

23) Für Haftung des Bürgen ohne Rücksicht auf Nachlässigkeit des Gläubigers entschied auch das Herzogl. Landesgericht zu Wolfenbüttel im J. 1831 (Samml. gemeinrechtl. Auss. II. Nr. 50. S. 208). Da dieser Fall lediglich als Interpretationsfrage behandelt werden muß, so durfte weder die richtige Entscheidung auf den griechischen Text der Novelle 4 und die Natur des ben. ordinis gestützt werden (wie u. A. in dem Erkenntniß der jur. Fac. zu Bonn v. J. 1831 in d. jur. Zeitschrift für Hannover 1836 Nr. 6 geschehen), noch konnte andrerseits aus einer bona fides, welche der Gläubiger dem Bürgen gegenüber beobachten müsse oder aus einer culpa levis, die jener diesem prästiren müsse, die unrichtige Entscheidung, daß der Bürge freizusprechen, hergeleitet werden (wie das OAG. in Celle bei Bülow und Hagemann a. a. O. und das OAG. zu Wolfenbüttel in zwei Erkenntnissen — aus den Jahren 1832 und 1838 — mitgetheilt in der angef. Samml. II. S. 209 ff. — gethan). Was man dabei unter bona fides mit Rücksicht auf andre Verträge im Sinne hat, ist Nichts als eine freiere Interpretation auf Grund des materiellen Bestands, der einem Vertrage zu Grunde liegt, welche das Röm. R. bei gewissen, besonders bei gegenseitigen Verträgen anwandte. Bei der Bürgschaft dagegen führt die Berücksichtigung ihres materiellen Bestands zu einer für den Gläubiger möglichst günstigen Interpretation. Um endlich eine culpa irgend einer Art als eine vom Gläubiger zu prästirende zu behaupten, müßte eine diligentia und überhaupt erst irgend eine Verpflichtung des Gläubigers dem Bürgen gegenüber als bestehend nachgewiesen werden. —

Viertes Kapitel.
Haftung des Bürgen.

---

§. 18.

Nachdem im vorhergehenden Kapitel die Voraussetzungen festgestellt worden, unter denen eine Bürgschaft überhaupt nur wirksam sein kann, ist nun diese Wirksamkeit selbst näher zu bestimmen. Dabei ist vor Allem zu bemerken, daß hier zunächst nur die Wirksamkeit dem Gläubiger gegenüber in Betracht kommt; denn auf dieser Seite allein liegt das Charakteristische der Bürgschaft. Das Verhältniß zwischen Bürge und Hauptschuldner oder zwischen mehreren Mitbürgen z. B. das Regreßverhältniß durch Mandat oder negotiorum gestio kann zwischen Subjecten ganz andrer Obligationen in derselben Weise bestehen. —

Die Wirkungen der Bürgschaft dem Gläubiger gegenüber zerfallen wieder in solche, die allen vertragsmäßig begründeten Obligationen gemeinsam sind und solche, die in dem eigenthümlichen Charakter der Verbürgung ihren Grund haben.

Hinsichtlich der erstern genügt eine Verweisung auf die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts. Es gehört dahin die Wirkung einer in der Person des Bürgen begründeten mora. Von dem durch dieselbe bewirkten Fortbestehen der Bürgschaft trotz Untergangs der Hauptschuld wird unten die Rede sein. Was aber die Verzugszinsen anlangt, so wird hier die oben erwähnte Frage wichtig, ob die Bürgschaft noch als ein contractus stricti juris zu betrachten sei,

in welchem Falle bekanntlich von keinen Verzugszinsen die Rede sein könnte. Diese Frage ist bereits oben in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht verneint worden [1]).

Hinsichtlich der Frage aber, unter welchen Voraussetzungen eine mora für den Bürgen begründet sei, muß seit Nov. 4 unterschieden werden zwischen dem Falle, wo der Bürge auf das ben. excussionis verzichtet hat und dem, wo er dieß nicht gethan. Im erstern beginnt die mora auf gewöhnliche Art mit Interpellation des Bürgen (die Interpellation des Hauptschuldners genügt nicht) oder nach der Regel dies interpellat pro homine mit Ablauf des Zahlungstermins. Im zweiten Falle dagegen genügt weder das eine noch das andere, um eine mora des Bürgen zu begründen, es muß vielmehr, damit dieß möglich sei, zur Zeit der Interpellation oder des eintretenden Zahlungstermins entweder der Hauptschuldner bereits ausgeklagt sein oder einer der (unten aufgezählten) Fälle vorliegen, wo die exceptio excussionis keine Anwendung findet [2]).

Indem wir aber uns hier ausschließlich auf die der Bürgschaft eigenthümlichen Wirkungen beschränken, ist sofort wieder eine Unterscheidung nöthig. Es lassen sich nämlich gewisse Wirkungen als wesentliche bezeichnen, als solche, die schon in der Natur der Bürgschaft, wie sie oben ihrem wesentlichen Bestande nach charakterisirt wurde, begründet sind. Diesen gegenüber stehen Sätze, welche durch singuläres Recht — als beneficia der Bürgen — eingeführt worden sind.

Diese Unterscheidung muß im Folgenden besonders deßhalb zu Grunde gelegt werden, weil der Verzicht auf diese Beneficien nicht nur häufig, sondern fast regelmäßig vorkommt und alsdann die Frage von Wichtigkeit ist, wie weit sich der Um-

---

1) Vgl. v. Madai's Mora S. 435 f.

2) Vgl. v. Madai a. a. O.

fang einer solchen Rechtswohlthat erstrecke, wie nach der Natur der Bürgschaft, abgesehen von singulärem Rechte, entschieden werden müsse.

§. 19.

Wir wenden uns zunächst zu den aus der Natur der Bürgschaft von selbst fließenden Wirkungen, die wir als wesentliche Wirkungen bezeichnen können. Diese haben ihren Grund in dem eigentlichen Verhältnisse der Bürgschaft zur Hauptschuld. Auf dieses Verhältniß ist daher jetzt näher einzugehen.

Die erste Frage muß dabei sein, ob wir auch im heutigen Rechte noch zu unterscheiden haben zwischen Wirkungen der Fidejussio und des Constitutums. Das mandatum qualificatum bleibt dagegen einer besondern Erörterung zugetheilt. Nehmen wir die Wirkungen des Constitutums als Norm in allen oder nur in einzelnen Fällen für die heutige Bürgschaft an, so können wir insoweit nur ein rein solidarisches Verhältniß zwischen dem Hauptschuldner und einem Bürgen des heutigen Rechts anerkennen; betrachten wir dagegen den letzten durchgängig als Fidejussor, so ist jenes Verhältniß stets ein Correalverhältniß [3]). Die Folge davon wäre, daß die Bürgschaft im letzten Falle erlöschen müßte durch alle diejenigen Ereignisse, welche die ganze Correalobligation (für alle Correalschuldner) zerstören, in jenem ersten Falle dagegen nur durch Zahlung und was denselben gleich steht. Diese Verschiedenheit ist jedoch nie von der Praxis anerkannt worden [4]), d. h. das Constitutum als Begründung eines rein solidarischen Verhältnisses ist gar nicht

3) Ueber den ferneren Unterschied hinsichtlich der Confusio zwischen Hauptschuldner und Bürgen s. unten Kap. 6. Daß auch der Constituent des ben. excuss. habe, wird §. 25 gezeigt werden. —

4) Vgl. 2tes Buch §. 12. S. 186 ff.

recipirt. Wir kennen nur eine Verbürgung, welche ein Correalverhältniß zwischen Bürge und Hauptschuldner begründet[5]).

Es ist daher auf die Natur der passiven Correalobligation im Allgemeinen einzugehen mit Beziehung auf das, was schon oben im 5ten Kapitel des 1sten Buchs (§. 19) darüber gesagt worden. —

Mit der Annahme einer Obligation für die verschiedenen Personen der Correalschuldner reicht man nicht aus — wenn man auch verschiedne subjective Beziehungen dieser Obligation zugibt. Es ist mit dieser Annahme nicht nur die Entstehung durch Hinzutreten zu einer bereits bestehenden Obligation [6]) schwer vereinbar, sondern auch die Wirkungen der Correalobligation sind aus jener Auffassung theils nicht erklärlich, theils sogar derselben widersprechend. Es erklärt sich nicht daraus die Befreiung der übrigen Correalschuldner durch die Wahl[7]) des einen, wofür nicht bloß der regelmäßig ge-

5) Man könnte einwenden, daß auch dieses Correalverhältniß eine Folge der Stipulationsform gewesen und mit dieser wegfallen müsse. Dabei würde man aber den Zusammenhang verkennen, in welchem das Correalverhältniß mit dem Wesen der Bürgschaft steht und man würde das Verhältniß zwischen Ursache und Wirkung umkehren. Nicht weil die Fidejussio in Stipulationsform geschlossen wurde, begründete sie ein Correalverhältniß (man brauchte ja die Stipulation nur anders zu fassen, um jene Wirkung zu vermeiden l. 116. D. de V. O.), sondern weil man ein Correalverhältniß zwischen Hauptschuldner und Bürge schaffen wollte, darum bediente man sich der Form der fidejussio.

6) Mit Recht fordert daher Liebe (Stipulation S. 171 ff.) von der Annahme einer Obligations**einheit** ausgehend, zur Begründung einer Correalobligation die pr. Inst. III. 17. beschriebene Form, wonach von Keinem die Antwort früher als die Frage an die Andern erfolgt sein darf. Nach der im Texte entwickelten Auffassung erklärt sich ebenso, wie man anfangs auf jene Form kommen mußte, als auch wie man später von derselben abgehen konnte.

7) Auch nicht (was allein durch die Annahme einer Wahl erklärlich

brauchte Ausdruck: eligere, sondern entscheidender u. A. der in l. 10 D. de const. XIII. 5 ausgesprochene Satz zeugt[8]). —

ist), daß die Novation nur unter der Voraussetzung für alle Subjecte der Correalobligation wirkt, cum id specialiter agitur (l. 31. §. 1 D. 46. 2), weil die Novation sich ja auch auf die persönliche Verpflichtung oder Berechtigung des einen Subjects beziehen kann; vergleiche Huschke Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.: N. F. II. S. 153 ff. — Freilich nimmt v. Savigny (Obligationenrecht I. Bd. Berlin 1851. S. 166) in der angeführten l. 31 eine Interpolation der Compilatoren mit Bezug auf l. 8. C. 8. 42 an. Statt der Worte: ut eum ab altero liberet soll bei Venulejus gestanden haben: ut prior obligatio novetur.

8) S. o. B. l. S. 78 ff. Dürfen wir auch für mehrere Obligationen eines Schuldners ein dem Correalverhältniß analoges Verhältniß annehmen (vgl. Liebe: die Stipulation S. 169) z. B. bei der Stipulation illud aut illud, so enthält, wie l. 10 cit. für die active, so l. 25 eod. für die passive Correalobligation eine Bestätigung unsrer Ansicht. Hier entscheidet nämlich Papinian hinsichtlich der auf illud aut illud gerichteten Stipulation: das Constitutum auf das eine nehme dem Schuldner das Recht auf Zahlung des andern. Die o. a. l. 10 sucht v. Savigny (a. a. O. S. 168) zu beseitigen durch die Annahme, sie enthalte eine Consequenz eines ältern später aufgegebenen Standpunkts und sei nur aus Versehen der Compilatoren aufgenommen worden. Es sei nämlich früher unter den Römischen Juristen streitig gewesen, ob das Constitutum ganz wie eine Novation wirke. Dieß hätten Einige bejaht und auch Paulus bei seiner Entscheidung in l. 10 cit. habe diese Auffassung vor Augen gehabt. — Allein es dürfte schwerlich zu erweisen sein, daß der Streit unter den Juristen sich auf diesen Punkt bezogen habe, daß man je daran gedacht habe, das Constitutum als Novation zu betrachten. Es ist dieß nicht zu erweisen aus l. 18. §. 3 D. de pec. const.; denn dort ist die Rede von einem Streite, ob das Constitutum zur constituirten Schuld im Correalnexus oder im solidarischen Verhältniß stehe. Darauf allein bezieht sich die Frage, ob die Anstellung der actio constitutoria die constituirte Schuld aufhebe oder nicht. Dieß setzt voraus, daß die Fortdauer der Hauptschuld nach Eingang des constitutum als ausgemacht vorausgesetzt wurde; denn wer eine Aufhebung in dem Constitutum erblickte, der konnte doch gewiß nicht die getilgte Obligation erst durch die Anstellung

Es widerspricht jener Annahme, daß die ipso jure wirkende Litiscontestation mit dem einen Correalschuldner die übrigen völlig befreit, da sie consequent so gut wie jener (mit welchem die LC. vorgenommen war und dessen Schuld bekanntlich ihrem natürlichen Bestandtheil nach bestehen blieb) noch naturaliter haften müßten. — Ganz besonders auffallend ist diese Befreiung bei der fidejussio, da dieß eine accessio ist und da also ihrem Fortbestehen die ipso jure wirkende SC. mit dem Hauptschuldner in ihrer liberatorischen Eigenschaft nicht entgegenstand [9]).

Eine Erklärung der Wirkungen, welche das Röm. Recht der Correalobligation beilegt, scheint nur möglich von folgender Auffassung aus.

Für jeden correus debendi besteht eine besondre Obligation, aber alle diese Obligationen stehen im Verhältniß der

der constitutoria actio untergehen lassen. — Es läßt sich ferner auch nicht beweisen aus l. 28 D. eod., wo Gajus einfach den Satz ausspricht: „das constitutum pro alio befreie den Hauptschuldner nicht." Wir müßten sonst bei allen Sätzen, die in unsern Quellen mit einigem Nachdruck vorgetragen werden, annehmen, daß sie sich nach langem Streite erst festgestellt hätten. — Die letzte Stelle spricht aber gleichfalls gegen v. Savigny. Denn nehmen wir einen derartigen Streit an, so müßte er doch schon zu Gajus Zeit entschieden gewesen sein, da dieser in l. 28. den Satz als unbestritten vorträgt. Sollte nun wohl Paulus noch eine längst aufgegebene Ansicht wieder geltend gemacht haben? Daß ist um so unwahrscheinlicher, als er in andern Stellen, das Fortbestehen der Hauptschuld als sich von selbst verstehend voraussetzt, vgl. l. 22. D. eod.

9) Auch wäre, wenn lediglich auf dem Grundsatze der Proceßconsumtion jene befreiende Wirkung der LC. beruht hätte, dieselbe längst vor Justinian mit diesem Grundsatze selbst durch desuetudo abgekommen gewesen und es hätte nicht erst der l. 28 C. 8. 41 bedurft. Und doch hielt man noch zu Justinian's Zeit, wie er selbst in dieser Verordnung erwähnt, besondre Vorsichtsmaßregeln für nöthig, um jene befreiende Wirkung abzuwenden. — Vgl. über die Geschichte der Proceßconsumtion v. Savigny System VI. §. 282.

electiven Concurrenz zu einander. Es besteht hier rücksichtlich verschiedner Subjecte dasselbe Verhältniß, wie unter mehreren electiven und zwar in der Weise concurrirenden Obligationen desselben Schuldners, daß schon die Entscheidung des Gläubigers für die eine die andre aufhebt. — Wir können dieß juristisch so ausdrücken: Jede dieser im Correalnexus stehenden Obligationen trägt die Bestimmung in sich, wenn es dem Gläubiger beliebt, in eine bestimmte andre Obligation überzugehen [10]). Diese vorherbestimmte andre Obligation ist für alle correi dieselbe und darin beruht die Einheit der Correalobligationen. Jene Bestimmung, jener Zweck, „daß eine gewisse im Voraus bestimmte Obligation zur Existenz komme" ist der Grund nicht nur des Entstehens, sondern auch des Bestehens für alle diese Obligationen. Darum müssen sie alle untergehen, sobald in der Person des einen correus der Zweck erreicht wird, d. h. die beabsichtigte Obligation zur Existenz kommt. Hierin liegt der Unterschied von dem rein solidarischen Verhältnisse mehrerer Obligationen zu einander. Für diejenigen Verbindlichkeiten, welche in diesem weiten Nexus stehen, liegt der Grund ihres Bestehens darin, daß ein gewisses Werth-Object, für die Correalobligationen darin, daß eine gewisse Obligation nicht im Vermögen des Gläubigers befindlich ist.

Darum erlöschen die letztern durch jedes Ereigniß, welches diese bezweckte Obligation zur Existenz bringt. Dieß geschieht durch Litiscontestation mit dem einen correus, durch Novation [11]), durch Acceptilation, wenn jene oder diese auch

10) Ueber den Zusammenhang dieser Auffassung mit der ursprünglich allein anwendbaren Stipulationsform der Correalobligation (pr. Inst. III. 17) s. o. B. I. S. 77. Daß aber dann auch der spätere Hinzutritt zu einer schon bestehenden Correalobligation zugelassen wurde, ist gleichfalls mit unsrer Erklärung vereinbar.

11) Wenn sich dieselbe nicht bloß auf die persönliche Verpflichtung des Einen bezieht; vgl. Note 7.

nur mit dem einen correus vorgenommen wird; ferner durch jusjurandum des einen. In allen diesen Fällen werden die andern nicht durch Aufhebung jener zukünftigen Obligation befreit; denn diese existirt ja für die andern noch gar nicht; sondern dadurch, daß der Grund ihrer Verpflichtung wegfällt. Der Gläubiger kann nämlich eine Novation oder Acceptilation hinsichtlich der beabsichtigten Obligation nicht mit einem correus vornehmen — noch ihm den Eid darüber antragen, ohne ihn zugleich für das Subject dieser Obligation zu erklären. Er bringt also damit diese Obligation zur Existenz und hebt somit den Grund auf, dessentwegen die übrigen correi verpflichtet sind. — Ganz dasselbe dürfen wir aber nach dem früher Bemerkten auch in dem Falle annehmen, wenn der Gläubiger mit dem einen correus ein Constitutum eingeht. Freilich müssen von der Litiscontestatio, wegen Justinian's ausdrücklicher Verordnung in l. 28. C. 8. 41 jene Wirkung absprechen. Damit ist jedoch nur das geändert, daß seit dieser Verordnung die Litiscontestation nicht als definitive Wahl — als Verwirklichung der bezweckten Obligation betrachtet werden soll oder doch nur unter der Voraussetzung, daß der Proceß zur Befriedigung führen werde, oder als habe der Gläubiger in Folge eines Mandats der übrigen Correi oder um deren negotia zu geriren die Litiscontestation vorgenommen. Denn unter dieser Voraussetzung würden ihm diese wegen des erlittenen Nachtheils d. h. eben wegen der verlorenen Forderung gegen sie — also auf deren Betrag — verhaftet bleiben. Ein Hinweis auf diese Auffassung liegt sogar in Justinian's Verordnung selbst [12].

12) Denn auf die fidejussio indemnitatis (was oben B. I. S. 111 als wahrscheinlich hingestellt wurde) dürfen wir Justinian's Worte: si enim pactis etc. darum nicht wohl beziehen, weil dieß keine Begründung für diese Verordnung enthielte, soweit sie principale Correalschuldner betrifft. —

Wir können unsre Auffassung auch so ausdrücken: Es ist dieselbe Obligation, welche für jeden correus besteht; allein jeder ist nur unter der Resolutivbedingung verpflichtet, „wenn keiner der andern vom Gläubiger gewählt wird“; denn nur einer soll überhaupt definitiver Träger der Obligation werden. So würden wir uns scheinbar — wenigstens im Ausdrucke mehr der gewöhnlichen Lehre und der Auffassung Römischer Juristen, die von einer obligatio reden, nähern. Im Grunde freilich wäre nur der Ausdruck verändert worden. Denn wenn man der Sache auf den Grund geht, so leuchtet ein, daß wegen der für jeden verschiednen Resolutivbedingungen verschiedne Obligationen angenommen werden müssen.

§. 20.

Dieß vorausgeschickt ist nunmehr die Frage zu beantworten, wie sich das Verhältniß zwischen Hauptschuldner und Bürgen zu dem eben dargestellten Correalnexus verhalte.

Das Charakteristische des Correalverhältnisses ist die völlige Identität des Inhalts der verschiednen Obligationen. Es ist nur eine Obligation, in welche jede dieser Correalobligationen bestimmt ist, verwandelt zu werden, welche in der Person des einen oder des andern correus — aber nur bei einem — zur Existenz kommen soll. Eben darin aber, daß diese Einheit besteht trotz einer subjectiven Verschiedenheit, zeigt sich, daß sie sich nur auf den objectiven Inhalt d. h. auf denjenigen Inhalt einer Obligation erstrecken kann, welcher sich ohne Bezug auf ein bestimmtes Subject denken läßt, — also namentlich abgesehen von allen Modificationen, welche eine Obligation durch ihr Verknüpftsein mit einem bestimmten Subjecte erleiden kann. —

Nun besteht im Gegensatze hierzu das Eigenthümliche einer accessorischen Verbindlichkeit, wie der Bürgschaft, darin, daß

durch dieselbe ein andrer Schuldner für eine bestehende Obligation neben dem ursprünglichen Schuldner haften soll in der Weise, daß er jene Obligation übernimmt — nicht bloß ihrem objectiven Bestande nach, sondern auch in ihrer subjectiven Gestaltung, sowie sie durch ihr Verknüpftsein mit einem bestimmten Subjecte sich entwickelt hat und entwickeln wird [13]).

Der Grund der Bürgschaftsverpflichtung ist: daß das Object der Hauptschuld nicht im Vermögen des Gläubigers ist — es hineinzubringen und zwar das Object derselben wie es sich durch ihre Verknüpfung mit der Person des Hauptschuldners bestimmt, ist der Zweck der Bürgschaft. — Daraus erklärt sich das Erforderniß einer bestehenden Hauptschuld für die Eingehung einer Bürgschaft, daraus die Haftung des Bürgen für die mora des Hauptschuldners.

Dieser Unterschied hindert jedoch nicht, daß beide Verhältnisse, das correale und das accessorische nebeneinander bestehen und, wie schon oben erwähnt, besteht diese Verbindung auch bei unsrer heutigen Bürgschaft, welche insofern der Römischen Fidejussio entspricht.

Die Wirkungen des Correalverhältnisses beziehen sich hauptsächlich auf den Einfluß, den der in der Person des einen Correalschuldners eintretende Befreiungsgrund auf die andern ausübt. Daher wird von den Wirkungen jenes Verhältnisses unten bei der Lehre vom Untergang der Bürgschaft die Rede sein. —

Nur auf eine allgemein dem Correalverhältniß beigelegte

---

13) Dieß kann geschehen entweder in Form einer Correalobligation, wie bei der Fidejussio (und unsrer heutigen Bürgschaft) — wo dann 1) die Grundsätze der Correalobligationen und 2) die Consequenzen aus der accessorischen Eigenschaft gelten müssen. Oder ohne Correalnexus, wie beim constitutum debiti alieni. Hier gelten bloß die Grundsätze, welche aus der accessorischen Natur folgen.

Wirkung muß hier eingegangen werden, auf den Satz, daß der Correalschuldner für die Vergehen seines Mitschuldners gegen das gemeinsame Obligationsverhältniß hafte, daß er z. B. die aestimatio leisten müsse, wenn durch culpa des andern correus die Sache untergeht. —

Dieser Satz muß auffallend erscheinen neben der unzweideutig ausgesprochenen Bestimmung des Röm. Rechts, daß die mora des einen correus dem andern nicht schaden solle[14]), wodurch das subjective Obligationsverhältniß des einen Correalschuldners als ganz unabhängig von dem des andern anerkannt wird.

Man hat den Widerspruch dieser beiden Bestimmungen dadurch zu heben gesucht[15]), daß man nur bei der mora ein subjectives Einwirken auf die gemeinsame Obligation, welches darum auch nur auf das subjective Verhältniß beschränkt bleiben müsse, zugestanden hat. Die mora, hat man gesagt, welche durch Interpellation des einen correus in der Person desselben begründet werde, habe einen rein persönlichen, subjectiven Charakter. — Dieß ist vollkommen richtig — allein muß nicht ganz dasselbe auch dann gesagt werden, wenn der eine Correalschuldner das geschuldete Object vernichtet? Es scheint freilich auf den ersten Anblick, als ob ein Unterschied zwischen beiden Fällen gemacht werden müsse. Im Falle der mora, könnte man sagen, seinen zwei Umstände schon in der äußern Erscheinung von einander getrennt — erstens der zufällige Untergang des Objects, in Folge dessen Befreiung für die Correalschuldner eintrete; dieses Ereigniß sei völlig unabhängig von der Subjectivität des Einzelnen; zweitens das subjective Verhalten des einen correus (die mora desselben), wo-

14) L. 32. §. 4. D. de usur.: Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.

15) Ribbentrop Correalobligation S. 10 ff.

durch jenem Ereigniß rücksichtlich seiner Person die Befreiung genommen werde. Dagegen, wenn durch Schuld des Einen das Object vernichtet wird, dann sei dieses die Obligation modificirende Ereigniß selbst durch Thätigkeit des einen correus hervorgerufen — dann liege ein Umstand vor, welcher die Obligation in ihrem objectiven Bestande berühre und darum seine Wirkung für Alle äußern müsse. Man hat dieß sogar als einen unzweideutigen Beweis für das Bestehen einer objectiven Einheit des Correalverhältnisses neben einer Verschiedenheit in den subjectiven Richtungen angeführt.

Allein gerade auch von dieser objectiven Einheit aus läßt sich jener Satz nicht erklären, sobald nur verschiedne subjective Richtungen anerkannt werden. Bringt man nämlich die mora im Zusammenhang mit einer solchen subjectiven Richtung, so muß man dasselbe auch in dem andern hier besprochnen Falle thun. Allerdings läßt sich bei der mora das subjective Verhalten von dem äußern Ereignisse trennen, aber beides muß auch in dem zweiten Falle getrennt werden. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß in einem Falle äußerlich getrennt ist, was im andern äußerlich zusammentrifft.

Hinsichtlich der juristischen Beurtheilung stehen beide Fälle einander gleich. Oder ist es bei dem verschuldeten Untergang des Objects dieses Ereigniß an sich, woran die Haftung für die aestimatio als Folge geknüpft ist? Ist die Wirkung des Untergangs an sich nicht bloß: Unmöglichkeit der Leistung? Müssen wir nicht auch hier sagen, daß die Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner nicht von der Haftung befreie, habe seinen Grund in dessen culpa, also in seinem subjectiven Verhalten?

Ueberhaupt ist es eine haltlose, unbewiesene Behauptung, wenn man ohne Weiteres den Charakter einer Modification des objectiven Bestands einem Ereignisse beilegt, wenn

doch eben erst die Frage ist, ob die juristischen Wirkungen dieses Umstandes für Alle correi gleich sein müssen. Ist dabei nicht das zu Beweisende vorausgesetzt? Wäre jener Satz durch positives Recht angenommen, so müßte er wenigstens auf andre Weise erklärt werden und könnte unmöglich dienen, die wahre Natur des Correalverhältnisses in's Licht zu setzen. —

Der einzige Weg [16]), der unter dieser Voraussetzung zum Ziele führen könnte, würde der sein, in einem solchen factum eine Disposition des einen correus über das gemeinsame Obligationsverhältniß zu erblicken. In der Regel freilich ist eine Disposition (nach der oben entwickelten Ansicht) nur möglich, wenn der Eine wirklich definitives Subject der beabsichtigten Obligation geworden ist. Indem der Gläubiger (was in allen übrigen Fällen nothwendig) bei einer solchen Disposition mitwirkt, übt er eben seine Wahl aus, constituirt die Obligation auf den Einen. Ja erst durch diese Wahl wird der Eine definitives Subject und dadurch zu Dispositionen befähigt. Weil aber dadurch die übrigen befreit werden, kann natürlich in allen diesen Fällen nicht von (auch für die übrigen) gemeingültigen Dispositionen des einen correus die Rede sein. In diesem Falle aber könnte man sagen sei die Möglichkeit vorhanden, in dem factum des Einen eine Disposition zu erblicken, dieser Eine wolle sich als definitives Subject behandeln lassen und da hier der Gläubiger nicht mitwirke, so sei kein Grund, die übrigen nicht dafür einstehen zu lassen.

---

16) Denn man kann doch nicht wohl sagen (was noch als denkbarer Ausweg übrig bliebe), der andre correus trage selbst einige Schuld an dem Untergang der Sache, da er sich mit dem Schuldigen in ein Correalverhältniß eingelassen habe; denn in der That fehlt doch aller Causalnexus. Ebensogut müßte auch der Hauptschuldner für das factum des Bürgen, den er bestellt, haften. —

Freilich wäre diese Auffassung nur möglich hinsichtlich der absichtlichen Vernichtung des Objects, nicht bei der bloß verschuldeten — wenigstens dürften wir zunächst nur an jenen Fall denken, wenn nicht ausdrücklich der letzte genannt — und auch in jenem Falle nur mittelst einer Fiction; denn als wirklich vorhanden könnte man bei dem Schuldigen jenen Willen, die beabsichtigte Obligation in seiner Person zur Existenz zu bringen und eine gemeingültige Disposition zu treffen doch gewiß nicht annehmen.

Demnach werden wir nur im Nothfalle, wenn wir durch positives Recht ganz unabänderlich gezwungen sind, jenen Satz als dem geltenden Rechte angehörig anerkennen dürfen. —

Ein solcher Zwang kann nur gefunden werden in einer einzigen Stelle, in der bekannten l. 18 D. de duob. reis 45. 2: Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet.

Allerdings sind die Auslegungen, wodurch man das Auffallende jenes Satzes hat vermeiden wollen, als mißglückt zu bezeichnen. So die Voraussetzung eines Societätsverhältnisses, welche die Glosse (ad l. cit.) in die Stelle hineinträgt. Nicht um ein Haar besser ist aber auch die neueste Interpretation [17];

---

17) S. Wolff Mora S. 192 ff. Besonderes Gewicht legt er auf l. 23 de V. O., wo derselbe Pomponius (der Verfasser der l. 18 cit.) 1) die Perpetuatio durch mora und die durch factum völlig einander gleichstelle und 2) die Haftung auf die aestimatio nur in den zwei Fällen eintreten lasse, wo der Schuldner selbst in mora sei oder durch sein factum die Sache untergehe — überhaupt si per promissorem steterit. — Die Stelle könnte jedenfalls nur als ein Unterstützungsgrund für Verwerfung der herrschenden Ansicht (nicht als Beweis für Wolff's Interpretation) gelten; viel Gewicht aber kann sie darum nicht beanspruchen, weil Pomponius dabei lediglich den Fall, wo bloß ein Schuldner vorhanden ist, im Auge hat. — Mehr beweist wohl gegen die herrschende Lehre l. 91 §. 4 eod., wo Paulus ex professo die Frage erörtert, in

wonach man die Stelle von dem Versprechen einer Conventionalstrafe im Falle der Nichterfüllung verstehen soll. Der Fall wäre nach dieser Auffassung folgender: Titius und Cajus versprechen als correi den Stichus und für den Fall der Nichterfüllung eine Conventionalstrafe von 100 Pistolen. Wenn nun Titius den Stichus tödtet, so kann auch Cajus auf die 100 Pistolen belangt werden. Der Fehler dieser Interpretation besteht darin, daß dann das in der Stelle erwähnte Correalverhältniß von gar keiner Bedeutung wäre. Denn ebenso müßte Cajus die 100 Pistolen zahlen, wenn ein dritter ganz Unbetheiligter die Sache vernichtete.

In der That, wenn nur die Wahl wäre zwischen solchen Auslegungen und der herrschenden, so müßten wir uns unbedenklich für die letztre erklären, also den Satz anerkennen, daß der eine correus fur die culpa des Andern hafte [18]).

Allein wir sind nicht auf diese Wahl beschränkt; es liegt uns eine andre ebenso nahe, als die herrschende und da wir

---

wieweit die perpetuatio obligationis durch eine Person über diese hinaus wirke und besonders in wieweit für andre in demselben Obligationsverhältniß Stehende. Er stellt dabei Vernichtung des Objects und mora einander gleich, erwähnt aber mit keinem Worte des correus, dessen Haftung für die aestimatio gewiß vor Allem ausdrücklicher Hervorhebung bedurft hätte. Nur auf accessiones soll die perpetuatio der Hauptschuld wirken. Im §. 5 läßt er den ex jussu verpflichteten Vater (mit Pomponius) forthaften, wenn der Sohn den geschuldeten Sklaven tödte, weil man nämlich die Obligation des Vaters als accessorisch betrachten dürfe und gerade diese Auffassung habe auch Pomponius geltend gemacht. Hätte er derselben bedurft, wenn er (und das soll er in l. 18 behauptet haben) der Ansicht gewesen wäre, jeder principale correus müsse in diesem Falle haften?

18) Jene Interpretationen können nur insofern Interesse haben, als sich in ihnen kund gibt, die Einsicht in den Widerspruch mit der Natur der Sache, das Bekenntniß, daß dieser Satz mit dem entgegengesetzten für die mora nicht zu vereinigen sei.

durch jene den auffallenden Satz vermeiden, so verdient sie unbedingt den Vorzug. Wir können das factum des einen correus ebenso gut von einer **Veräußerung** verstehen. Die Stipulation war gerichtet auf Stichum dare; veräußert nun der eine correus sein Miteigenthum an einen Dritten, so kann das Eigenthum auf den Stipulator nicht hinsichtlich des ganzen Stichus übergehen; der Zweck einer stipulatio dandi ist demnach nicht erreicht. Der Anspruch auf das Interesse geht jedoch nicht bloß gegen den Veräußerer, Titius, sondern auch gegen den Cajus. Denn wenn sie nicht zwei selbstständige Stipulationen jeder auf seinen Theil abschlossen, so haftet Cajus auch für den Uebergang des Eigenthums an der andern Hälfte und die **Veräußerung des Titius schadet ihm daher**[19]).

So erhält die Hervorhebung des Correalverhältnisses in l. 18 ihren guten Sinn, ohne daß in dieser Stelle ein so auffallender Satz ausgesprochen ist, wie die Haftung des einen correus für culpa des andern wäre. —

§. 21.

Wenn sonach das Correalverhältniß nicht bewirkt, daß der eine correus, also auch nicht daß der fidejussor für die culpa des Mitbürgen oder daß er in seiner Eigenschaft als correus für die culpa des Hauptschuldners hafte, so folgt doch das Letztre aus einem andern Grunde, nämlich aus dem **accessorischen Verhältniß** der Bürgschaft zur Hauptschuld. Der Satz selbst, daß **der Bürge sowohl für das factum, als für die mora des Hauptschuldners** einstehen müsse, ist auf das Unzweideutigste ausgesprochen in folgenden Stellen:

---

19) Auch von einer Stipulation auf habere licere könnte man die Stelle verstehen, unter dem factum eine Handlung, welche das habere licere — ganz oder zum Theil — verhindert.

l. 24 §. 1. D. de usur. l. 49 pr. l. 88. l. 91 §. 4, de V. O. l. 58 §. 1. D. de fid.

Die Erklärung dieses Satzes folgt aus dem, was schon oben über jenes accessorische Verhältniß gesagt wurde. Es ist ein einziges Princip, aus welchem sowohl die Haftung des Bürgen für die perpetuatio obligationis — beruhe dieselbe auf der Vernichtung des Objects durch den Hauptschuldner oder auf dessen mora — als auch die Haftung für die Verzugszinsen herzuleiten ist.

Der Bürge verpflichtet sich nicht bloß wie andre Correalschuldner neben einem Andern zum Eintritt in ein vorherbestimmtes Obligationsverhältniß, sondern der Bürge tritt erst hinzu in einem Zeitpunkte (oder wird doch erst dann „als Bürge" verpflichtet), wo bereits die Obligation mit einem bestimmten Subjecte verknüpft ist und seine Verpflichtung bezieht sich gerade auf die Schuld dieser Person — auf das Verknüpftsein der Obligation mit diesem bestimmten Subjecte [20]).

Aus dieser accessorischen Natur des Bürgschaftsverhältnisses folgt, daß der Bürge für jede Gestaltung der Hauptschuld einstehen muß, welche diese in Folge ihres Verknüpftseins mit der Person des Hauptschuldners annimmt, gerade so wie jeder andre Correalschuldner sich die Modificationen der beabsichtigten Obligation — welche in der Natur derselben liegen — gefallen lassen muß, z. B. die Verwandlung der Bedingtheit in Unbedingtheit durch Eintritt der Bedingung.

Besondre Erörterung erheischt nur die Haftung des Bürgen für die mora des Hauptschuldners. Im Allgemeinen ist

---

20) Erst mittelbar entsteht hieraus auch ein Correalverhältniß, wenn der Bürge sich zum Eintritt in die Hauptschuld als Schuldner verpflichtet, nicht bloß (wie im R. R. beim constitutum debiti alieni angenommen wurde) zur Zahlung des geschuldeten Objects statt des Hauptschuldners. —

dabei hinsichtlich der daraus entstehenden Folgen — sowohl hinsichtlich der perpetuatio als der Verzugszinsen — zu bemerken, daß der Bürge dieselben abwenden kann dadurch, daß er seinerseits die geschuldete Leistung anbietet [21]).

Von diesen nachtheiligen Wirkungen ist die perpetuatio der Obligation, ihre Unabhängigkeit vom Untergange des Objects, keinem Zweifel unterworfen und es bedarf dabei keiner weitern Unterscheidung oder ausführlichen Erörterung. Dagegen die andre nachtheilige Folge, die Verpflichtung zu Zinsen, welche in der mora ihren Grund hat, ist, ebenso wie die Haftung für die vertragsmäßigen Zinsen, von jeher als zweifelhafter und bestrittner Punkt behandelt worden [22]). Während nach dem oben aufgestellten Principe die Verpflichtung für diese Zinsen als regelmäßige Wirkung der Bürgschaft gelten muß, hat man sie — besonders in älterer Zeit — als eine Ausnahme betrachtet, die nur dann eintreten könne, wenn der Bürge sich ausdrücklich auch dafür verbürgt habe. Eine solche ausdrücklich darauf gerichtete Verbürgung solle freilich auch dann angenommen werden, wenn der Bürge sich in omnem causam verpflichtet habe. —

Den eigentlichen Grund jenes Zweifels haben wir zu suchen in Aussprüchen des Römischen Rechts, deren wahren Zusam-

21) l. 88 D. de V. O. Daß das Anbieten nach eingetretner mora des Hauptschuldners jene Wirkung habe, ist unbestritten, bezweifelt dagegen, ob auch das Anbieten vor jenem Zeitpunkte. Allein weder in der Natur der Sache, noch in der angeführten Stelle (die Worte sind so gefaßt: si fidejussor servum obtulit et reus moram fecit, was doch gewiß nicht bloß auf den erstern Fall geht) liegt ein Grund zu derartigem Zweifel und man muß sich daher mit der Glosse zu l. 88 cit. und v. Madai Mora (S. 412 f.) dafür entscheiden, daß auch das Anbieten vor der mora den Bürgen von den nachtheiligen Folgen derselben befreit. —

22) Ueber die Literatur (die für beide Fragen dieselbe ist) vgl. oben Kap. 3. Not. 16.

menhang und praktischen Werth man verkannt hat. Sie finden sich hauptsächlich in drei Stellen. Zwei derselben scheinen die ausdrückliche Verbürgung für die Zinsen zu verlangen. Es sind c. 8 C. 4. 26.[23]) und c. 10 C. 8. 41.[24]). Allein die usurae, von denen hier die Rede ist, dürfen wir gewiß mit größerem Rechte statt von Verzugszinsen vielmehr von vertragsmäßigen Zinsen verstehen; denn die Zusammenstellung sors et usurae hat regelmäßig diesen Sinn, wie überhaupt usurae schlechtweg, während zur Bezeichnung der Verzugszinsen noch ein besondrer Zusatz für nöthig gehalten wurde. Für vertragsmäßige Zinsen aber gilt, wie oben gezeigt, die entgegengesetzte Regel und von diesen verstanden sind jene Stellen ganz im Einklange mit dem im vorhergehenden Kapitel Gesagten. — Wollten wir aber auch jene Rescripte auf usurae morae beziehen, so bliebe doch die Hervorhebung einer Thatsache, wie z. B. hier der besondern Verpflichtung für die Zinsen als Bedingung der Entscheidung gerade bei R e s c r i p t e n von zweifelhafter Bedeutung. Eine solche Bedingung kann als eine unerläßliche gemeint sein, aber ebenso gut auch nur den Sinn haben: „wenn die von Dir angeführte Thatsache richtig ist, so ist die Sache g a n z a u ß e r Z w e i f e l."

Die dritte Stelle[25]), welche hier besonders in Betracht kommt, spricht unzweifelhaft von Verzugszinsen und verlangt

---

23) Intelligis et sorti et usuris te parere oportere, s i t e h i s o m n i b u s o b l i g a s t i.

24) Fidejussor seu mandator s i i n u s u r a s q u o q u e o b l i g a - t u s e s t, justam causam recusandi eas solvere non habet.

25) Man zieht hierher auch l. 8 D. XIII 4. Allerdings spricht in dieser Stelle Africanus den Bürgen frei von der Haftung für die mora des Hauptschuldners in Bezug auf die Erfüllung certo loco. — Der Grund dieser Entscheidung, den Africanus freilich nicht deutlich genug hervorhebt, liegt darin, weil die Fidejussio gefaßt war auf certum quae Titium Capuae dare oportet, fide tua esse jubes? Durch diese Fassung war als Gegenstand der fidejussio bloß die Obligation auf centum be-

zwar nicht ausdrückliche Verpflichtung für dieselben, aber doch Verbürgung in omnem causam. Es ist l. 54 pr. D. loc. cond. 19. 2. (Paulus lib. 5. respons.).

Quaero, an fidejussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur, nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur, eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere? Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fidejussor se obligavit, eum quoque, exemplo coloni, tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras. Usurae enim in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur, tamen cum fidejussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fidejussisset: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes? vel ita: indemnem me praestabis?

Dreierlei ist in dieser Stelle von Wichtigkeit: erstens die Gegenüberstellung der usurae ex obligatione und ex officio judicis; zweitens die Entscheidung, daß nur eine fidejussio in omnem causam zur Haftung für die Verzugszinsen verpflichte. —

---

zeichnet. Das Interesse, auf welches der Hauptschuldner durch das arbitrium judicis verurtheilt werden konnte, war noch nicht in obligatione (wie dieß Paulus in l. 10 eod. selbst hinsichtlich der fidejussio für die actio arbitraria de eo quod c. l. d. op. aufstellt); die stricti juris Natur der fidejussio hinderte aber, diesen spätern Zuwachs der Hauptschuld bei der Verurtheilung zu berücksichtigen. Damit dieß hätte geschehen können, wäre die Fidejussio so abzufassen gewesen: In quantum Titium condemnari arbitrio (officio) judicis oportebit, tantum fide tua esse jubes? — Daß freilich der Fidejussor selbst zur Zahlung an dem bestimmten Orte verpflichtet war, hatte dieselben Wirkungen für ihn, wie die entsprechende Verpflichtung des Hauptschuldners für diesen. Insoweit und weil dieß in der fidejussio ausgesprochen war, mußte beim arbitrium das Interesse des Gläubigers sowohl, als das des Bürgen berücksichtigt werden.

Was das Erste betrifft, so scheinen in den Worten: usurae in b. f. j. etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur den Verzugszinsen die stipulirten entgegengestellt zu sein und zwar gerade in der Weise, als würde bei den letztern die Haftung des Bürgen weniger Bedenken haben. Allein an diesen Gegensatz dachte Paulus überhaupt gar nicht[26]). In den Worten „usurae — — etsi etc.“ macht er sich einen Einwurf, der seinen Grund nicht hat in der besondern Art der Zinsen, sondern in den verschiednen Ansichten, die über deren Entstehungsgrund möglich sind. Am passendsten wäre es für die Entscheidung des Paulus, wenn er die usurae morae als einen aus der Hauptobligation von selbst folgenden Zuwachs betrachten dürfte. Die Verbürgung für eine Schuld würde dann von selbst die Haftung auf Zinsen in sich schließen. Allein Paulus hält entweder diese Auffassung für nicht ganz zweifellos[27]), weil der Grund für die Zinspflicht des Bürgen doch eigentlich mehr auf dem officium judicis beruhe, als auf dem Pachtvertrag, oder er will wenigstens darauf aufmerksam machen, daß man jener Auffassung nicht bedürfe, daß man zu demselben Resultate gelange, wenn man die Haftung für die Verzugszinsen zurückführe auf das officium judicis.

Vor Allem aber als wesentliche Voraussetzung seiner Entscheidung scheint Paulus eine besondre Fassung der Bürgschaft zu fordern, damit sie auch auf die Verzugszinsen bezogen werden können — nämlich die Verbürgung in omnem causam.

---

26) Die Worte „ex obligatione proficiscantur“ sollen in diesem Zusammenhange nur heißen: Aus der Obligation auf eine Summe entsteht die Verpflichtung auf Zinsen von selbst — ohne Weiteres, was von vertragsmäßigen Zinsen noch weniger, als von Verzugszinsen gesagt werden könnte.

27) Er sagt nur non tam-quam.

Man hat daraus als einen praktischen Satz des heutigen Rechts abgeleitet, der Bürge hafte nur für diese Zinsen, wenn er ausdrücklich versprochen habe, für allen Zuwachs, jede Erweiterung der Hauptschuld, kurz für Alles das haften zu wollen, was die Römer als omnis causa bezeichneten, indem man davon ausging, Paulus verlange, daß der Ausdruck omnis causa (oder ein ihm gleichstehender) in die Bürgschaftsstipulation (oder in die cautio) mit aufgenommen werde. Aber eben diese Voraussetzung könnte bei Vergleichung andrer Stellen unbegründet scheinen. In l. 68 §. 1. D. de fid. stellt derselbe Paulus die fidejussio in centum annua und die fidejussio in universam conductionem als Gegensätze einander gegenüber; weil die Fidejussio ausdrücklich nur auf das jährliche Pachtgeld — centum annua — gerichtet sei, so brauche der Bürge die Verzugszinsen nicht zu zahlen. Der Fall, wo keine solche ausdrückliche Beschränkung gemacht worden und wo also der Bürge auch für die Zinsen einstehen müsse, bezeichnet er als fidejussio in universam conductionem. Daraus könnte man schließen nicht nur, daß mit den Worten in omnem causam keine bestimmte Fassung der Fidejussio, sondern auch, daß damit im Gegentheil die regelmäßige Fassung (z. B. quod Titius debet fide tua esse jubes?) derselben bezeichnet werden soll. Dieß scheint auch ferner hervorzugehen aus folgender Entscheidung Ulpian's in l. 2 §. 12. D. 50. 8.:

Qui fidejusserint pro conductore vectigalis in universam conductionem, in usuras quoque jure conveniuntur, nisi proprie quid in persona eorum verbis obligationis expressum est.

Allein es bleibt immer denkbar, daß die regelmäßige Form der Verbürgung für ein solches Verhältniß, wie z. B. Pacht, eben in dieser allgemeinen Gestalt abgefaßt wurde, so daß auch die omnis causa mit darin enthalten war. Denn selbst wenn

wir ein besondres Gewicht darauf legen, daß in l. 68 §. 1. eine besondere Beschränkung verlangt zu werden scheint, so bleibt doch immer höchst auffallend, daß schon in der bloßen Hervorhebung der bestimmten Pachtsumme eine solche Beschränkung liegen soll, wodurch die Haftung für omnis causa ausgeschlossen werde. Wenn gegenwärtig ein Bürge „für das jährliche Pachtgeld von 100 Thlr." einzustehen verspricht, so ist das eben nur ein andrer Ausdruck einer Verbürgung für die Verpflichtung auf das Pachtgeld, zu dessen näherer Bezeichnung noch die bestimmte Summe hinzugefügt wird. Es liegt darin zwar keine Verbürgung für die Restitution des gepachteten Grundstücks, aber wohl für die Leistung des Pachtgeldes und für Alles, was mit diesem Theil des Pachtcontraktes zusammenhängt. Daß dieß im R. R. anders beurtheilt wird, hängt zusammen mit der Stipulationsform der Fidejussio. War dieselbe nämlich dahin abgefaßt: centum annua, quae Titius ex locato debet, fide tua esse jubes? dann konnte der judex auch nur auf diese centum annua verurtheilen. Die Erklärung hiervon aber ist zu suchen in der stricti juris Natur der Fidejussio. Diese Natur, die ihr als einer Stipulation zukam, bewirkte nicht nur, daß der Fidejussor aus seiner eignen mora keine Verzugszinsen zu geben brauchte, sondern ebenso auch, daß seine obligatio nicht durch die mora des Hauptschuldners erweitert und auf Verzugszinsen ausgedehnt wurde. Damit nämlich auch für die fidejussio ein gleiches arbitrium, wie für die Hauptschuld, Platz greife, muß dazu in der Bürgschaftsstipulation selbst eine Berechtigung gegeben sein. Dieß ist aber nicht der Fall bei der letzterwähnten Fassung, sondern zu diesem Zwecke muß es heißen: in quantum Titium condemnari ex bona fide oportebit oder quidquid Titium ex locato dare facere oportet oportebitve.

Eben daraus geht aber weiter hervor, daß das R. R. für die in Stipulationsform eingegangene Bürgschaft allerdings als Regel aufstellen mußte, die Bürgschaftsstipulation müsse so gefaßt sein, daß in den Worten selbst eine Beziehung auf omnis causa liege.

Allein indem wir dieß für das Römische Recht zugeben, so läugnen wir doch mit Entschiedenheit, daß das obenerwähnte praktische Resultat daraus hergeleitet werden könne. Wenn wir den Zusammenhang der obenangeführten Entscheidung mit der Stipulationsform, den Einfluß, den diese auf die Handlung unsrer Frage ausüben mußte, in Anschlag bringen und danach das Praktische derselben beurtheilen, so ergiebt sich aus den Bestimmungen des Römischen Rechts ein Resultat, welches unserm an die Spitze gestellten Principe wenigstens nicht widerspricht und dieß darf uns genügen. Dadurch nämlich sind wir berechtigt, dasselbe bei der Bürgschaft des heutigen Rechts, welches keine Stipulationsform und kein strictum jus kennt, auch hinsichtlich der Verzugszinsen in Anwendung zu bringen und als Regel für diesen Fall hinzustellen: Der Bürge haftet für alle Folgen der mora des Hauptschuldners, auch für die Verzugszinsen, sofern diese mora sich wirklich auf die verbürgte Leistung bezieht[28]) — er müßte denn ausdrücklich sich gegen diese Folgen verwahrt haben. Demnach ist für die Haftung auf die Verzugszinsen Nichts erforderlich, als daß der Wille des Bürgen wirklich auf Uebernahme der fraglichen Schuld gerichtet ist. Daß er für die Verzugszinsen einstehen muß, folgt — ganz unabhängig von seinem Willen — aus der Natur seiner Haftung, welche nach bona fides beurtheilt wird.

---

28) Also haftet bei der Bürgschaft für das Pachtgeld der Bürge nicht für die mora hinsichtlich der Restitution des Objects.

Die Obligation eines Bürgen soll dem Gläubiger Sicherung gewähren für sein Forderungsrecht, wie es durch den Connex mit der Person des Hauptschuldners sich gestaltet; eine solche Gestaltung ist aber auch die durch die mora eintretende Erweiterung hinsichtlich der Verzugszinsen und diese Erweiterung hat nach heutigem Rechte (wie nach R. R. bei jedem b. f. contractus) der Richter zu berücksichtigen. Es ist kein wesentlicher Unterschied zwischen diesen Zinsen und der perpetuatio im Fall des zufälligen Unterganges. In beiden Fällen wird die Obligation des Hauptschuldners erweitert oder umgestaltet durch ein juristisches Ereigniß — unabhängig von dem Willen der Parteien; denn wenn auch eine Handlung oder Unterlassung des Schuldners dabei vorausgesetzt wird, so ist dieselbe doch nicht auf diesen für ihn nachtheiligen Erfolg gerichtet — wenigstens ist es juristisch gleichgültig, ob eine solche Absicht zu Grunde lag. —

Demnach folgt die Haftung auf die Verzugszinsen schon aus der Haftung auf die aestimatio im Falle des durch den Hauptschuldner verschuldeten Unterganges. Ferner haben wir einen ganz analogen Fall in diesem Sinne entschieden in l. 56 §. 2. D. de fid. Hier ist von einer Fidejussio für ein in fremden Münzen ausgezahltes Darlehn die Rede — nec fidejussorem teneri, Pomponius ait. Quid ergo, si consumtis nummis nascatur condictio? Puto fidejussorem obligatum fore; in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest. Also selbst eine von Anfang ungültige Fidejussio soll durch ein späteres Ereigniß (wodurch aus dem Anfangs unwirksamen F a c t u m der Zahlung eine Obligation entsteht) noch gültig werden können. Ganz ebenso muß der Bürge auch für solche Ereignisse einstehen, welche die Anfangs schon gültige Hauptschuld nach allgemeinen Rechtssätzen und ohne äußere Willkühr e r w e i t e r n.

Der Unterschied des bisher Aufgestellten von der oben gegebenen Regel für vertragsmäßige Zinsen zeigt sich besonders bei der Verbürgung auf eine bestimmte Summe, wenn also nicht bloß „für die obige Schuld des X" oder „für die Darlehnsschuld des X" (oder durch bloße Unterschrift des Schulddocuments) die Bürgschaft eingegangen wird — in diesen Fällen führen die verschiednen Grundsätze für beide Fragen zu demselben Resultate, daß der Bürge auch für die Zinsen haftet — sondern wenn der Betrag der Schuld angegeben ist, z. B. „für die 200 Thlr., welche X aus einem Darlehn dem N schuldet, verbürge ich mich."

In diesem Falle steht der Haftung des Bürgen für die Verzugszinsen Nichts im Wege, denn derselbe folgt aus der Verbürgung für die 200 Thlr. von selbst; es hätte einer besondern Verwahrung dagegen Seitens des Bürgen bedurft; eine solche liegt aber nicht schon in der Bezeichnung einer bestimmten Summe. Anders mußten wir oben hinsichtlich der vertragsmäßigen Zinsen entscheiden. Setzen wir, die 200 Thlr. bildeten ein verzinsliches Kapital, so wäre für diese Verzinsung eine besondre Verbürgung nothwendig. Eine solche kann aber nicht schon gefunden werden in der Verbürgung „für das Kapital von 200 Thlr." Daß dieß habe darin liegen sollen, müßte aus den Umständen bewiesen werden, von selbst folgt es nicht.

§. 22.

Im Bisherigen ist dargestellt worden, inwiefern der Bürge für Erweiterungen der Hauptschuld überhaupt, also für Umgestaltungen zum Nachtheil des Schuldners einstehen müsse. Es läge hierbei vielleicht der Gedanke nahe, daß ihm ebenso gut auch die vortheilhaften Ereignisse, welche die Hauptschuld betreffen, zu Gute kommen müßten, wofür man den Satz geltend machen könnte, daß demjenigen, der das pericu-

lum einer Sache trage, auch das commodum derselben zustehen müsse. Dagegen muß aber schon im Allgemeinen erinnert werden, daß die commoda, die man dabei meist im Auge hat, keineswegs commoda ex re, d. h. ohne äußeres Zuthun aus der Obligation hervorgehende Wirkungen sind, nicht Vortheile aus dem Umstand, dessen Nachtheile der Bürge zu tragen hat; denn da es sich hierbei um einen Nachtheil des Gläubigers handelt, so greift hier die Regel Platz:

Alienam conditionem meliorem quidem ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse. —

Sodann aber ist zu erwägen, daß aus der Natur der Bürgschaft, als eines Sicherungsmittels für den Gläubiger, zwar die im Bisherigen erörterten Wirkungen, nicht aber die Ausdehnung solcher commoda sich rechtfertigen läßt, daß vielmehr die Natur der Sache gegen die Anwendung jenes Satzes auf unser Institut spricht.

Daß aber auch das positive Recht zu demselben Resultate führe, ergibt sich zum Theil schon aus dem, was oben im ersten Buche über das Römische Recht gesagt worden in Bezug auf die zwei gewöhnlich ganz allgemein hingestellten Regeln, daß der Untergang der Hauptschuld auch die Befreiung des Bürgen zur Folge habe und daß alle Exceptionen des Hauptschuldners auch von dem Bürgen vorgeschützt werden könnten. Soweit hierbei die gänzliche oder theilweise Befreiung des Bürgen in Frage kommt, wird unten (Kap. 6.) näher darauf eingegangen werden. Hier könnte nur vorläufig erörtert werden, ob auch solche Exceptionen, welche einen Aufschub der Hauptforderung bezwecken, dem Bürgen zu Gute kommen. Allein es müssen hiervon ganz dieselben Grundsätze, wie von den befreienden Exceptionen gelten und daher wird diese Erörterung besser noch ausgesetzt bleiben und erst unten im Zusammenhange ihre Stelle finden.

Nur das Resultat derselben soll schon im Voraus hier aufgestellt werden. Entweder ist die Einrede, welche den Aufschub bewirken soll, schon von Anfang begründet, durch einen beigefügten Termin, dann steht sie dem Bürgen, wenn er sich nicht ausdrücklich auf einen frühern Zeitpunkt verpflichtet hat, schon aus seinem eignen Vertrage zu. Oder jene dilatorische Exceptio ist erst später, z. B. durch einen besondern Vertrag des Hauptschuldners entstanden, dann steht sie dem Bürgen nur zu unter der Voraussetzung, daß er sofort nach der Zahlung den Regreß haben würde (weil nur in diesem Falle der Hauptschuldner ein Interesse daran hat, daß der Bürge jetzt noch nicht belangt werde) und daß jener Umstand, auf welchem die Exceptio beruht, z. B. der Vertrag, den Hauptschuldner auch gegen diesen Regreß vor der bestimmten Zeit sichern sollte. Daher muß die Frage, ob ein dem Hauptschuldner vom Regenten ertheiltes moratorium auch dem Bürgen Aufschub gewähre, verneint werden, selbst für den Fall, wo der Bürge auf ein Mandat des Hauptschuldners hin oder als negotiorum gestor sich verbürgt hat. Denn der Anstandsbrief sichert den Schuldner auch gegen die vor Ablauf des Moratoriums angestellte Regreßklage des Bürgen; also hat der Hauptschuldner kein Interesse daran, daß der Bürge geschützt werde. Dieses Interesse aber ist eine wesentliche Voraussetzung, unter der allein der Regreß des Bürgen die Folge hat, daß dieser eine exceptio des Hauptschuldners vorschützen darf.

Das eben Gesagte leidet freilich, sowohl was gänzliche, als was theilweise Befreiung betrifft, sowohl hinsichtlich der peremtorischen, als der dilatorischen Exceptionen eine bedeutende Modification, wenn auf das Beneficium excussionis n i c h t v e r z i c h t e t worden. Im Bisherigen war nämlich lediglich von den Wirkungen die Rede, welche aus der Bürgschaft schon ihrem Wesen nach hervorgehen. Nun sind aber dem Bürgen

durch jus singulare besondre Rechtswohlthaten verliehen, deren eine den Bürgen auch insofern vortheilhafter stellt, als ihm dadurch die commoda des Hauptschuldners zu Gute kommen unter Umständen, wo sie ihm nach allgemeinen Grundsätzen nicht zuzusprechen wären.

Diese Rechtswohlthaten selbst müssen aber zuvor genauer erörtert werden, ehe ihre Gesammtwirkung auf das Bürgschaftsverhältniß dargestellt werden kann. —

Fünftes Kapitel.

Die Rechtswohlthaten des Bürgen.

I. Die Rechtswohlthat der Vorausklage.

§. 23.

Das Geschichtliche der Novelle 4 und des in derselben dem Bürgen verliehenen Beneficium's, gewöhnlich Beneficium excussionis oder ordinis — Rechtswohlthat der Vorausklage — genannt, ist bereits oben (B. I. Kap. 6) dargelegt worden.

Die dogmatische Darstellung, welche im Folgenden gegeben werden soll, zerfällt in drei Haupttheile. Zunächst nämlich hat sie festzustellen, welches die processualische Natur jenes Beneficiums sei, da sich an diese processualische Frage auch wichtige Fragen des materiellen Rechts knüpfen.

Zweitens ist der Umfang zu bestimmen, in welchem die Nov. 4 in Anwendung kommt und zwar sowohl hinsichtlich der verschiednen Bürgschaftsformen, als hinsichtlich der einzelnen Fälle, wobei nicht die Form der Verbürgung, sondern die Gestaltung der Verhältnisse in Betracht kommt und wobei also die Beziehung der Rechtswohlthat zu dem Wesen und Zweck unsres Instituts und die Modificationen jener durch die Mannigfaltigkeit, in welcher dieses Institut zur Erscheinung kommt, sich herausstellen muß.

Drittens ist der Einfluß darzustellen, den dieses Beneficium, wenn es begründet ist, auf das Verhältniß des Bür-

gen zum Gläubiger äußert, abgesehen von seinem nächsten unmittelbaren Inhalte. Da die Hauptwichtigkeit dieses mittelbaren Einflusses sich auf die Befreiung des Bürgen bezieht, so wird davon im folgenden (6ten) Kapitel im Zusammenhange mit den übrigen Befreiungsgründen die Rede sein. —

§. 24.

Der Inhalt des in Nov. 4 verliehenen Beneficium's besteht, den Worten Justinian's nach, darin, daß der Bürge nur unter der Bedingung vom Gläubiger soll belangt werden können, wenn dieser nicht im Stande gewesen (si non valuerit), seine Befriedigung vom Hauptschuldner selbst zu erlangen. Und zwar kann es nicht genügen, daß er voraussichtlich keine vollständige Befriedigung finden wird; denn erst, wenn er auch hinsichtlich theilweiser Realisirung der Forderung das Seinige gethan hat — und nur auf das Fehlende darf er gegen den Bürgen klagen. Daß dieses Beneficium wie in der Regel jedes Beneficium, sofern es nicht aus Rücksicht auf öffentliches Wohl gegeben ist, verzichtbar sei, darüber kann wohl kein Zweifel sei; denn hier liegt offenbar der Privatvortheil der Bürgen zu Grunde. Davon noch zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob im Falle nicht auch das Beneficium verzichtet ist, dasselbe officio judicis zu berücksichtigen sei [1]), oder ob es als exceptio vorgeschützt werden müsse. Im ersten Falle würde

---

1) Als ein naturale der Bürgschaft, sowie z. B. bei Begründung des Eigenthumerwerbs aus einem Kaufe auch die Zahlung des Kaufpreises von dem, der den Erwerb behauptet, angeführt werden muß und wie bei einer Klage auf den Miethpreis, die Erfüllung Seitens des Vermiethers mit zum Klaggrunde gehört und in der Klage anzuführen ist, wenn sie nicht angebrachtermaßen zurückgewiesen werden soll; obgleich doch in beiden Fällen durch den Willen der Parteien Abweichendes bestimmt sein kann.

die geschehene Vorausklage oder der Wegfall des Beneficiums zum Fundamente der Bürgschaftsklage gehören; eine Zahlung des Bürgen, bevor der Hauptschuldner ausgeklagt ist, würde mit der condictio indebiti zurückgefordert werden können. In beiden Fällen müßte das Gegentheil entschieden werden, wenn das Beneficium excussionis nur eine exceptio begründete.

Es ist bereits im ersten Buche (Kap. 6. §. 33.) darauf hingewiesen worden, daß diese Frage aus den Worten der Novelle und aus ihrer Fassung mit Bestimmtheit sich nicht beantworten lasse. Zwar hat man in neuerer Zeit versucht, sowohl die Bejahung als die Verneinung zu begründen aus Justinian's Gesetzgebung selbst und aus ihr allein, aber der eine wie der andere Beweis ist als gänzlich mißlungen zu bezeichnen.

Für die Ansicht, daß seit Nov. 4 jede Bürgschaft als bedingte Verpflichtung, als fidejussio indemnitatis anzusehen sei, hat man sich berufen[2]) auf die freilich unerwiesene Behauptung: Justinian habe in Nov. 4 eine allgemeine Aenderung des Bürgschaftsverhältnisses vornehmen wollen. Wie für diese Behauptung ein Argument hergenommen werden könne aus Nov. 99 ist schwer zu begreifen, da wenn auch der Fall dieser Novelle einen analogen Schluß auf Novelle 4 zuließe, doch in den Worten derselben (auch in den Worten omnes ex aequo conventionem sustinere) durchaus nur der Erfolg bestimmt wird, welcher eintreten soll, nicht die rechtliche Gestalt, welche er anzunehmen habe, ob er ipso jure oder ope exceptionis realisirt werden solle. Soweit ist jene Annahme einer durchgreifenden Reform in Nov. 4 unbewiesen und sie voraussetzen hieße das zu Beweisende als bewiesen annehmen. — Wenn man sich ferner auch auf die Praxis für diese Auffassung berufen hat — freilich ohne den mindesten Beleg — so darf diese Behauptung als eine aus der Luft gegriffene bezeichnet

2) Schmidt: Die gemischten Einreden S. 90 ff.

werden mit Hinweis auf die oben beigebrachten Zeugnisse einer feststehenden entgegengesetzten Praxis [3]).

Freilich ist auch die gegentheilige Ansicht, das beneficium excussionis begründe nur eine exceptio und sei als solche vom Bürgen vorzuschützen, mit eben so schwachen Gründen verfochten worden. Man hat dafür geltend gemacht [4]), es würde nach der entgegengesetzten Annahme dem geschichtlichen Fundamente der Bürgschaftsklage keine feste, unwandelbare Gestalt zu geben möglich sein, sondern diese Gestalt müßte nach den concreten Umständen in ganz verschiedner Weise gebildet werden. Dieß würde aber dem Wesen des historischen Klagegrunds vollständig widersprechen. — Denken wir uns, um das Gewicht dieses Arguments klar zu machen, die Gestalt, welche der historische Klagegrund der Bürgschaftsklage nach der entgegengesetzten Ansicht haben müßte. Der Gläubiger würde danach aus einem bedingten Rechte klagen, dessen Bedingung

3) Wenigstens wird diese Bezeichnung gelten dürfen, bis für jene angebliche Praxis Belege beigebracht worden. Dieser Nachweis dürfte jedoch schwerlich zu erwarten sein, denn die Behauptung Schmidt's (a. a. O.) beansprucht doch wohl zunächst nur für die Gerichte des Königreichs Sachsens und insbesondere Dresdens Glauben. Gerade für diese aber haben wir ein entgegenstehendes Zeugniß in dem oben (S. 224) angeführten Erkenntniß des OAG. zu Dresden.

4) Leopold Pfeiffer: Die processual. Natur der Einrede der Vorausklage Tüb. 1846. S. 48 ff. Derselbe führt noch als Hauptgrund an (S. 40): „Justinian habe offenbar nur das freie Wahlrecht beschränken, alle übrigen Wirkungen des Correalverhältnisses aber fortbestehen lassen wollen. Dieses Fortbestehen werde nämlich anerkannt in einer Institutionenstelle (pr. Inst. III. 29) und in einer Constitution des Antoninus (c. 4. C. 8. 41)!“ — Demnach soll ein späteres reformirendes Gesetz erklärt werden (hinsichtlich seines Umfangs) aus ältern Gesetzen, bei denen doch eben die Frage ist, wie weit sie durch das neuere Gesetz aufgehoben oder geändert seien! —

jedoch in Folge rechtlicher Vorschrift unter gewissen Umständen (z. B. bei Abwesenheit des Hauptschuldners) als eingetreten anzusehen wäre. Da aber diese Umstände vom Rechte vorher bestimmt sind, so fällt aller Grund weg, hier von einem unbestimmten und wechselnden Klagfundamente zu sprechen, man müßte sonst dasselbe sagen, wenn die Contrahenten bei Abschluß eines bedingten Geschäfts festsetzen, daß der Eintritt gewisser Umstände dem Eintritte der Bedingung gleichstehen solle. Ueberhaupt mußte diese Beweisführung mißlingen, weil sie darauf hinausgeht, die angefochtne Ansicht als absolut unmöglich und rechtlich undenkbar darzustellen [4]).

Man hat sich ferner berufen auf die Analogie des ben. divisionis. Es leuchtet jedoch von selbst ein, daß diese Analogie für sich den Ausschlag in unsrer Frage nicht geben kann.

Dessenungeachtet muß die letztre Ansicht, freilich aus andern Gründen, für die allein richtige erklärt werden. Behandeln wir unsre Frage zunächst rein als Interpretationsfrage hinsichtlich der Nov. 4, so müssen wir zwar wohl darauf verzichten, unsre Auffassung aus den Worten derselben zu rechtfertigen. Allein da uns die Worte freie Wahl für die eine oder andre Entscheidung lassen, so dürfen wir schon aus Grundsätzen der Interpretation diejenige Auffassung vorziehn, welche der Natur der Sache am meisten entspricht. Dieß kann aber nur von der zweiten gesagt werden. Die Bürgschaft hat ihren hauptsächlichen Zweck in der Sicherstellung des Gläubigers, in der Erleichterung des Credits. Diesem Zwecke ist die bedingte Haftung des Bürgen zuwider und daher dürfen wir

4) Daß sie an sich möglich und durchführbar ist, dafür spricht u. A. daß das Preuß. Landrecht (Th. I. Tit. XIV. §. 200. 283) dieselbe sanctionirt hat. Dasselbe erkennt daneben den Verzicht als zulässig an (§. 307). Vergl. Koch Lehrbuch d. Preuß. gem. Privatrechts. Berlin 1846. II. §. 715.

gewiß hier so gut, wie bei andrem jus singulare (z. B. beim SC. Vellejanum oder beim ben. divisionis) im Zweifel vermuthen, daß die Anwendung desselben eine Erklärung des Begünstigten voraussetze, daß er Gebrauch von seiner Rechtswohlthat machen wolle; das heißt aber eben nichts Anders, als: der Bürge muß das Beneficium excussionis als Exceptio vorschützen, es steht ihm nur zu in dieser Gestalt.

Freilich wird sich bei dieser Begründung nicht Jeder beruhigen. Man wird einen positiven Anhalt verlangen. In der That besitzen wir auch einen solchen positiven Grund für die Entscheidung der Frage in unserm Sinne — darin nämlich, daß wir diese Entscheidung als einen Satz des Juristenrechts betrachten dürfen. Es hat sich schon seit der Glosse, besonders aber seit Bartolus als communis opinio, ja als unbestrittene Ansicht festgestellt, daß das Beneficium excussionis in Gestalt einer Einrede geltend zu machen sei und nicht officio judicis supplirt werden dürfe [5]). Dieses Juristenrecht beruht nicht auf einem Mißverständnisse; denn soweit sich überhaupt das eine oder andre Verständniß der Novelle als richtig bezeichnen läßt, müßten wir für die Auffassung des Juristenrechts entscheiden; wir dürfen es vielmehr als eine Frage betrachten die vom Römischen Rechte ganz freigelassen war, und welche ihre Lösung der Selbstthätigkeit unsrer Juristen verdankt. Auch dürfte schon deßhalb dem Juristenrecht hier

5) Vgl. die oben S. 202 und bes. S. 224 gegebenen Belege, die leicht noch hätten vermehrt werden können. Wenn dabei eine entsprechende Anzahl Entscheidungen aus der ältern Zeit vermißt werden sollte, so ist zu bedenken, daß wegen des häufigen Verzichts auf das Beneficium excussionis unsre Frage nicht so sehr oft in der Praxis vorkommen mochte, daß übrigens Männer, die ein so bedeutendes Ansehen in der Praxis genossen, wie Gaill, Zanger, Sande, Stryk, Lauterbach, Wernher, Hommel, füglich als Stellvertreter von mehr als ebensovielen Erkenntnissen anzusehen sind.

unbedenklich Geltung beigelegt werden, weil es sich um ein Princip handelt, dessen Consequenzen hauptsächlich im Processe hervortreten mußten. —

§. 25.

Die zweite Frage, welche hier zu beantworten ist, betrifft den Umfang, in welchem das Beneficium Anwendung findet. Dabei ist nun zwar nach dem uns überlieferten griechischen Novellentexte soviel außer Zweifel, daß in Justinian's Sinne die Bürgschaftsform, Fidejussio, Mandat oder Constitutum [6]), keinen Unterschied ausmachen sollte. Allein in der Vulgata ist das griechische ἀντιφωνητης übersetzt mit sponsor. Daher entsteht die Frage nach dem Umfange schon hinsichtlich der verschiednen Bürgschaftsformen, indem auf Grund jener Uebersetzung in neuerer Zeit geläugnet worden ist, daß dem Constituenten das Beneficium excussionis zustehe [7]).

Zunächst scheint es dabei anzukommen darauf, ob man dem griechischen Texte der Novellen oder der Vulgata gesetzliche

6) Daß unter ἀντιφωνητης der Constituent zu verstehen sei, darf wohl als ausgemacht betrachtet werden. Vgl. die Nachweise darüber bei Reiz ad Theoph. IV. 6. §. 8. Glück Commentar XIII. Seite 405 f. v. Vangerow Leitf. III. S. 146.

7) Vgl. oben S. 185. Sonderbarer Weise hat man auch innre Gründe geltend gemacht, wie z. B. v. Vangerow a. a. O., der dem griechischen Texte, wie es scheint, den Vorzug einräumt, aber doch dem Constituenten das Beneficium abspricht aus dem Grunde, weil er wesentlich verschieden vom Fidejussor sei, weil durch das Constitutum dem Gläubiger noch mehr als bloße Sicherung der Hauptschuld gewährt werden könne. Ist denn aber schon ausgemacht oder aus der Natur unsres Beneficiums zu beweisen, daß es bloß für den Fidejussor passe? Ist nicht vielmehr das Entscheidende dabei, daß der Beklagte für einen Andern zahlen soll? — Wenigstens müssen wir dieß annehmen nach der Fassung der Nov. 4. und diese sollte doch bei einer so rein positiven Frage allein den Ausschlag geben.

Kraft beilegt. Nun dürfte freilich zuzugeben sein, wie auch wohl von der herrschenden Ansicht geschieht, daß die Vulgata allein gesetzliche Kraft besitze, weil ihre Abweichungen von dem uns überlieferten Originale zum Theil auf einem von dem unsern verschiedenen griechischen Texte (dessen Lesarten oft den Vorzug vor denen des unsrigen verdienen) beruhen und also, wenn der griechische Text vorgehen sollte, ein wesentlich von dem recipirten Theil des Corp. Jur. verschiedner Theil Gesetzeskraft erhalten würde [8]). Demnach könnte es scheinen, als müsse dem Constituenten das Beneficium abgesprochen werden, weil seiner in der Vulgata keine Erwähnung geschieht.

Allein, daß dieß keineswegs so entscheidend sei, wie es den Anschein haben könnte, daß wir vielmehr dessenungeachtet auch dem Constituenten das Beneficium zusprechen müssen, wird im Folgenden zu zeigen versucht werden.

1) Wenn auch dem Texte der versio vulgata der Vorzug einzuräumen ist, so wird doch allgemein anerkannt, daß das griechische Original wenigstens als Hülfsmittel zur Interpretation dunkler Stellen in der Vulgata benutzt werden dürfe. Ein solcher dunkler und unverständlicher Ausdruck ist nun in dem Texte jener Uebersetzung das Wort sponsor. Dieses Wort hat für uns in einem Gesetze Justinians keinen Sinn; denn das altrömische Institut der sponsores war zu Justinian's Zeit außer Gebrauch gekommen [9]) und wir wissen von keinem andern Institut einer sponsio, das hier gemeint sein könnte. Zwar findet sich sponsor wohl noch in den Justinianeischen Gesetzbüchern, aber nur in der allgemeinen Bedeutung: Bürge, nie im Gegensatze zu fidejussio, wie es doch hier steht. Da

8) Vgl. bes. Osenbrüggen: Ueber die praktische Autorität des griech. Textes und der versio vulgata der Novellen Justinian's in Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. XVII. nr. XI. S. 382 ff.

9) S. o. B. I. §. 28. S. 103 f.

wir nun nicht annehmen dürfen, daß es ganz müssig und ohne Sinn gesetzt sei, so fragen wir: was meinte der Gesetzgeber unter der Bezeichnung sponsor? Bei Beantwortung dieser Frage dürfte es doch wohl gerechtfertigt sein, auf den griechischen Text zu recurriren [10]) und zwar auf den uns überlieferten; denn da wir sponsor keinesfalls für eine richtige Uebersetzung eines von Justinian gebrauchten Wortes halten können, so liegt — einmal ein Mißverständniß vorausgesetzt — gerade bei *ἀντιφωνητης* etymologisch die Uebersetzung responsor oder sponsor gewiß am Nächsten.

2) Wenn die Vulgata allein gesetzliche Kraft haben soll, weil in dieser Gestalt die Novellen Justinian's recipirt wurden, d. h. weil ein bestimmter Sinn des griechischen Textes recipirt worden, wenn man also mehr auf die Reception des Inhalts, als der Worte des Gesetzes Gewicht legen will, so darf es gewiß nicht gleichgültig sein, wie die einzelnen Stellen gleich bei der Reception und seitdem verstanden wurden. In Beziehung auf unsre Stelle ist aber darauf aufmerksam zu machen, daß von Anfang an die Nov. 4 auch auf den Constituenten bezogen wurde — ja daß sogar schon Martinus gerade den Ausdruck sponsor in der Bedeutung: constituens verstand. Hiernach fällt das von der Reception eines bestimmten Sinn's hergenommene Argument in sich zusammen. Man kann nicht sagen, daß dem Sinne nach durch Interpretation des Wortes sponsor als „Constituent" etwas nicht Recipirtes in die Novelle hineingetragen werde.

3) Endlich könnte man, auch abgesehn von der Interpretation unsrer Novelle, sich auf die Einstimmigkeit berufen, mit welcher von jeher bis in die neueste Zeit Theorie und Praxis

10) Ebenso könnten wir auch fragen, in welchem Sinne wohl intercessor gebraucht sei.

auch dem Constituenten unser Beneficium zugesprochen haben[11]). Dadurch hat unsre Behauptung einen positiven Halt im Gewohnheitsrechte. — Ein solches Gewohnheitsrecht kann auch dadurch nicht erschüttert werden, daß sich seit Anfang dieses Jahrhunderts einige sehr vereinzelte Stimmen gegen die Ausdehnung des Beneficium's erklärt haben[12]); denn dieselben dürften schwerlich genügen, um auf eine desuetudo schließen zu lassen, welche doch allein im Stande wäre, ein bereits feststehendes Gewohnheitsrecht wieder umzustoßen.

Wollten wir aber auch absehen von aller positiven Begründung, dächten wir uns, es seien in der Novelle nur fidejussor und mandator erwähnt, so ließe sich selbst unter diesen Voraussetzungen unsre Ausdehnung rechtfertigen.

Mit der entgegengesetzten Ansicht kommt man nämlich zu dem seltsamen Resultate: In allen den Fällen, wo der Inhalt der Bürgschaft sich auch für eine fidejussio eignet, wo man also jetzt nicht unterscheiden kann, ob sie fidejussio oder constitutum zu nennen sei, weil die Form der erstern weggefallen ist — in allen diesen Fällen müssen die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht das Beneficium auch dem Constituenten geben, wenn sie es nicht allen Bürgen nehmen wollen. — Dagegen in den Fällen, wo das Römische Recht den Inhalt einer Bürgschaft nur als Inhalt eines constitutum hätte gelten lassen, in diesen Fällen behandeln die Gegner dasselbe constitutum ganz anders. Hier soll das Beneficium excussionis keine Anwendung finden. Sofern man dabei an den Fall einer Bürgschaft auf einen frühern Termin denkt, so folgt der Wegfall des Beneficiums hier schon aus seiner Unverträglichkeit mit dem Willen der Parteien. Ebenso ist bei der Ver-

11) Vgl. o. Bd. 2. Kap. 2. S. 183—86 und dazu das im vorhergehenden §. Not. 5 (dieses Kapitels) Gesagte. —

12) S. oben a. a. O. S. 185.

bürgung auf einen bequemern Zahlungsort das Beneficium schon ausgeschlossen durch die Bestimmung der Novelle über absentia des Hauptschuldners in der Fassung die sie durch das Gewohnheitsrecht erhalten hat. Für diese Fälle also bedarf man der ganzen Argumentation gar nicht, welche die Gegner anwenden. Will man dasselbe aber auch für die übrigen Fälle geltend machen, wo nach R. R. das constitutum, nicht aber die fidejussio zulässig war, so hat man auf diese Weise ein Constitutum mit dem Beneficium neben einem Constitutum mit Ausschluß desselben, ohne daß für diesen Ausschluß ein innerer Grund angeführt werden könnte. Dürften wir nicht schon auch nach den Worten der Vulgata annehmen, daß Justinian auch für diese Fälle das Beneficium habe geben wollen?

Allein dieß wäre — wird man entgegnen — eine extensive Interpretation einer singulären Rechtsbestimmung.

Denen gegenüber, die von diesem Standpunkte ausgehen, könnten wir — und dieß ist unser letztes Argument, wobei wir ebenfalls keines positiven Rechtssatzes zur unmittelbaren Grundlage bedürfen — entgegnen, mit Hinweisung auf die oben im Kap. 2 gegebne Ausführung, daß wir heutzutage auch eine Bürgschaft in aliam rem und duriorem causam als eine fidejussio betrachten dürfen, weil wir die Zulässigkeit einer solchen Verbürgung anerkannt haben würden und hätten anerkennen müssen, auch wenn wir im Römischen Rechte lediglich eine fidejussio, kein constitutum vorfänden. — Dabei versteht sich jedoch, daß das Beneficium darum doch aus andern Gründen wegfallen kann, wie bei der Bürgschaft auf einen frühern Termin und auf einen bequemern Zahlungsort. — Darum genügt es auch für die vorliegende Frage, wenn man unsrer Ausführung im Kap. 2 nur für die übrigen Fälle außer den beiden letzterwähnten beistimmt. —

§. 26.

Die oben erörterte Frage ließ sich als eine Frage nach formeller Beschränkung des Beneficium excussionis betrachten; denn nur in der verschiedenen Form der Bürgschaft — nicht in dem eigenthümlichen Inhalt derselben (der doch keineswegs immer mit unserm Beneficium im Widerspruche stehen würde) sollte der Wegfall des letztern begründet sein. Nachdem nun im vorhergehenden Paragraph rücksichtlich der Form völlige Gleichstellung auch in dieser Wirkung behauptet worden, so ist nun einzugehen auf den Wegfall des Beneficiums aus materiellen Gründen, d. h. wegen der Natur des einzelnen concreten Falls. —

Diese Fälle, in welchem das Beneficium der Novelle 4 mit allen seinen Consequenzen außer Anwendung bleibt, sind schon durch die Natur dieses Beneficiums gegeben, wie diese theils durch ausdrückliche Bestimmung Justinian's, theils durch Gewohnheitsrecht sich gestaltet hat.

Der wichtigste der Fälle erster Art ist 1) der Verzicht auf Nov. 4. Da jedes Beneficium privatrechtlicher Natur der Regel nach verzichtbar ist, so dürfen wir auch hier, wo die Begünstigung des Bürgen als ratio legis erscheint, den Verzicht als zulässig annehmen, ohne daß wir uns auf die gewohnheitsrechtliche Gestaltung zu berufen nöthig hätten. Auch hat man in der neuesten Zeit zwar versucht, jede Bürgschaft als bedingte darzustellen, doch aber nicht zu der Behauptung fortzuschreiten gewagt, den Inhalt unsrer Novelle für unverzichtbar zu erklären.

Unter Verzicht verstehen wir aber hier jede Erklärung des Bürgen, woraus hervorgeht, daß die Anwendung der Novelle 4 seiner Absicht widersprechend, mit dem Inhalte, welchen er seiner Verpflichtung geben wollte, nicht in Einklang zu bringen sei. Denn indem wir die Nov. 4 als ein Dispositivgesetz

anerkennen, entscheiden wir zugleich, daß es nirgends Anwendung finden könne, wo der Wille der Contrahenten dem entgegen sei. Also wenn ein Bürge verspricht, früher, als der Hauptschuldner zu zahlen oder, er wolle den Gläubiger in der Forderung der Schuld wegen des Hauptschuldners gar nicht aufhalten [13]), so liegt in einer solchen Erklärung eine Absicht vor, mit welcher die Anwendung der Novelle 4 nicht zu vereinigen wäre. In andern Fällen dürfen wir wenigstens eine solche dem Beneficium excussionis widerstreitende Absicht präsumiren. Dieß dürfen wir bei dem, welcher sich wissentlich für einen naturaliter obligatus verbürgt [14]) oder für einen notorisch insolventen — gewohnheitsrechtlich auch bei dem fidejussor judicio sisti uud judicatum solvi [15]). Hierher gehört

---

13) Dieser Wille liegt ausgesprochen in der Bestimmung eines festen Termin's, wo der Bürge zahlen soll; vgl. Bopp: Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen III. Band. Darmst. 1831 (V. B. S. 115 ff.) mit einem Erkenntniß des Hofgerichts zu Darmst. v. J. 1827. Frat. Becmann Cons. et Decis. P. II. dec. 66. Dieselbe Wirkung hat eine Verbürgung, auf Vorzeigung der Handschrift zu zahlen (vergl. Gebr. Overbeck Meditationen IV. 247.) oder folgende Fassung der Bürgschaft: der Bürge wolle zahlen, wenn der Hauptschuldner nicht in einem Jahre den Gläubiger befriedige (vgl. Bülow und Hagemann praktische Erörterungen B. IV. Nr. 36. mit einem Erkenntniß des OAG. in Celle).

14) Der Wegfall des Beneficiums folgt übrigens auch noch aus einem andern Grunde (wobei das Wissen gleichgültig), nämlich weil die Ausklagung des Hauptschuldners unmöglich — also die Bedingung: si non valuerit — eingetreten ist, oder auch weil die Geltendmachung des Rechts gegen den Hauptschuldner weit schwieriger ist, als die Ausklagung des Bürgen. Daß die exceptio, wodurch die Hauptschuld zur naturalis wird, dem Bürgen nicht nothwendig zukommt, sondern nur wegen seines Regresses zustehen kann, darüber s. unten Kap. 6.

15) Ueber die ältre Literatur vergleiche Hering de fidejuss. c. 27. I.

auch die Frage, ob in der Verbürgung als Selbstschuldner ein Verzicht auf unser Beneficium liege. Es ist oben §. 1 dafür entschieden worden, daß als muthmaßliche Absicht des Intercedenten die Verpflichtung als principaler Nebenschuldner angenommen werden müsse.

Was aber den Verzicht im engern Sinne, d. h. die expreß und unmittelbar auf Ausschließung der Novelle gerichtete Erklärung betrifft, so war früher großer Streit, ob derselbe in allgemeiner Fassung geschehen dürfe (ob nicht wenigstens ein andres Beneficium der Bürgen genannt und daran ein allgemeiner Verzicht auf die übrigen geknüpft werden müsse) oder ob derselbe speciell auf das fragliche Beneficium gerichtet sein müsse.

Nun ist allerdings gerade bei dieser ausdrücklichen Erklärung: „ich verzichte auf alle mir zustehenden Rechtswohlthaten," ja sogar wenn es heißt: „ich verzichte auf alle einem Bürgen zustehende Rechtswohlthaten" — leicht möglich, daß der Bürge nicht weiß was Alles unter diese Rechtswohlthaten gehöre, der Wille unser beneficium auszuschließen, kann möglicherweise fehlen. Deßhalb muß der Beweis, es habe keine Belehrung hierüber Statt gefunden zugelassen werden. — Damit ist aber

---

nr. 317. Mevius dec. I. 229. VIII. 378. Berger oec. IV. 19. §. 2. not. 9. Wernher obss. for. I. 29. 7. Ueber das Reichskammergericht cf. Mynsinger obss. cent. IV. 96. Den Grund für diese Präsumtion fand man in dem Zwecke, zu welchem diese cautio gefordert werde, diesem müsse auch der Wille des Bürgen als entsprechend angenommen werden. Doch gaben Viele (wenn nicht ausdrücklich ausgesprochen sei, daß die Execution sofort auf den Bürgen gerichtet werden dürfe) dem Bürgen das ben. excussionis, wenn er dem Gläubiger Güter des Hauptschuldners nachweise, auf welche die Execution ebensoleicht gerichtet werden könne. Vergl. Hering l. c. Lauterbach coll. 46. 7. §. 4. Voet comm. II. 8. nr. 14. 16. Schmid de fid. plane non obl. §. 114.

auch genug gethan. Unter dieser Voraussetzung kann der Wille zu verzichten ebensowohl in einem allgemeinen als in einem speciellen Verzichte liegen. Den letztern fordern, heißt eine bestimmte Form für den Verzicht vorschreiben. Es läßt sich nicht nachweisen, daß eine solche durch unbestrittnes Gewohnheitsrecht sanctionirt sei.

Heutzutage wird dieses Resultat schwerlich Opposition finden. In älterer Zeit freilich ging man von dem irrigen Satze aus, bei einem Verzichte müsse eine ganz besonders vorsichtige Interpretation des Rechtsgeschäfts eintreten, eine Interpretation, die nicht über den buchstäblichen Inhalt hinausgehen dürfe. — Dergleichen bedarf in unsrer Zeit keiner Widerlegung mehr.

2) Wenn der Gläubiger entweder gar keine Klage mehr hat oder doch nur eine solche peremtorische Einrede, welche die Klage auch ihrem naturalen Bestandtheile nach vernichtet und wenn dieß ohne Schuld des Gläubigers der Fall ist, so ist die Bedingung eingetreten, von welcher die Berufung auf das Beneficium der Vorausklage die Haftung des Bürgen abhängig macht. Der Bürge soll nach diesem Beneficium nur in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger nicht im Stande gewesen (si non valuerit), bei dem Hauptschuldner das Seinige zu erlangen. Hat er keine Klage mehr oder nur eine unwirksame, so ist er dazu außer Stande.

Es versteht sich, daß hierbei vorausgesetzt wird, der Gläubiger habe die Klage überhaupt gehabt und zwar als eine vollwirksame (nicht durch exceptio entkräftete), denn es ist oben ausgeführt worden, daß die Bürgschaft ungültig sei, wenn die Hauptschuld nicht zur rechtlichen Existenz gekommen ist, und daß eine Einrede, welche der Hauptklage gleich von Anfang entgegenstand, auch der Bürgschaftsklage opponirt werden kann.

Von allen Einreden aber, welche erst nach Abschluß der

Bürgschaft für den Hauptschuldner entstehen, und von allen Ungültigkeitsgründen, welche die Hauptschuld erst nach jener Zeit betreffen, läßt sich, wie oben gezeigt, wenigstens in der Allgemeinheit, wie es gewöhnlich gelehrt wird, nicht sagen, daß sie Befreiung des Bürgen zur Folge haben. Nur hinsichtlich der Confusio mußte eine Ausnahme gemacht werden.

In diesem Falle also, wenn der Gläubiger den Verlust oder die Wirkungslosigkeit seiner Klage selbst verschuldet hat, steht die exceptio excussionis demselben allerdings entgegen und zwar so, daß sie völlige Befreiung des Bürgen bewirkt. Inwiefern auf diese Weise selbst s. g. exceptiones personae cohaerentes (z. B. pactum de non petendo in personam) dem Bürgen zu Gute kommen müssen, wird unten gezeigt werden, wo auf die befreiende Wirkung das Beneficium excussionis einzugehen ist. —

Liegt es in der Natur unsrer Rechtswohlthat, daß kein Gebrauch von ihr gemacht werden kann, wenn die Bedingung, von welcher der Bürge seine Haftung abhängig machen kann, bereits eingetreten ist, so muß die exceptio ordinis auch wegfallen bei gänzlicher Insolvenz des Hauptschuldners [16]). Diese kann z. B. notorisch sein, wie bei einem Bettler oder gerichtlich constatirt wie bei einem Concurse für nachstehende Gläubiger.

Jedoch nur von gänzlicher Insolvenz galt dieß, nicht von theilweiser — also auch nicht immer beim Concurse [17]), wenigstens nicht für alle Gläubiger. Denn bei theilweiser In-

16) Dieß hebt schon der Byzantiner Athanasius Epit. Nov. 15. 1. hervor; vgl. Heimbach Zeitschr. für Civilr. und Proc. XIII. S. 387 ff.

17) D. h. vom Standpunkte der Insolvenz aus; denn ganz unabhängig davon kann das Beneficium ausgeschlossen sein wegen der größern Schwierigkeit, welcher des Concurses wegen die Befriedigung durch den Hauptschuldner unterliegt; darüber s. den folgenden §.

solvenz muß doch erst ausgemacht werden, wie viel vom Hauptschuldner zu erlangen ist, um zu bestimmen, auf wieviel der Bürge noch hafte. Solange dieß nicht geschehen, steht dem Gläubiger die Einrede der Vorausklage entgegen [18]).

Dieß leidet jedoch eine Ausnahme, wenn der Gläubiger es selbst verschuldet hat, daß er noch nicht zu seiner Befriedigung gelangt ist. Denn die Bedingung, an welche der Bürge seine Obligation knüpfen kann, ist — scharf bestimmt — folgende: Er kann verlangen erst zu haften, wenn der Gläubiger nicht im Stande gewesen (si non valuerit) seine Befriedigung vom Hauptschuldner zu erlangen. — Hat es daher der Gläubiger selbst durch Nachlässigkeit verschuldet, daß er jetzt Nichts vom Hauptschuldner beitreiben kann, so ist unser Beneficium allerdings wirksam, ja es wird sogar in diesem Falle die exceptio ordinis zu einer peremtorischen Einrede, welche Befreiung des Bürgen zur Folge hat. Wir werden hierauf weiter unten des Näheren zu reden kommen.

§. 27.

Endlich gehört noch hierher ein Fall, der von Justinian ausdrücklich in seinem Gesetze hervorgehoben wird. Das Beneficium excussionis soll nicht vorgeschützt werden, wenn der Hauptschuldner im Verhältniß zu Gläubiger und Bürge absens ist. Doch soll der Bürge verlangen dürfen, daß ihm vom Richter eine Frist gesetzt werde, innerhalb deren er den Hauptschuldner zur Stelle schaffen könne. Zunächst ist der Begriff dieser absentia festzustellen. Diese könnte zunächst, wie bei andern Bestimmungen des R. R., verstanden werden von dem Aufenthalt in einer andern Provinz und diesem könnte im heutigen Rechte gleichgestellt werden der Aufenthalt in einem andern Staate oder Territorium. So faßte auch wirklich

18) S. o. §. 24.

schon Joh. Bassianus (Summa authent. ad h. l.)[19]) den Begriff der absentia; er beruft sich dafür auf die Analogie der praesentia und absentia bei der Zeugenproduction (Nov. 90 c. 9.). In neuester Zeit hat man in der Praxis angefangen, denjenigen für praesens zu erklären, der sich in dem Bezirke desselben Oberappellationsgerichts befinde[20]).

Allein die bloße Identität des Ausdrucks: absens kann uns nicht berechtigen, dieselbe Bedeutung desselben hier wie in andern Fällen anzunehmen; gerade ein solcher Ausdruck, der so unbestimmt wie dieser ist, muß seine bestimmte Bedeutung erst aus dem concreten Falle erhalten, auf den ein Gesetz ihn anwendet. In unserm Falle aber liegt offenbar das Entscheidende in dem Verhältniß des Aufenthalts zu dem Gerichtsbezirke, welchem Gläubiger und Bürgen unterworfen sind. Wenn Justinian dabei auch den Aufenthalt in derselben oder in einer andern Provinz im Sinne hatte, so hatte dieß seinen Grund in der damaligen Gerichtsverfassung, nach welcher für eine ganze Provinz nur ein Gericht bestand und „in einer andern Provinz" auch als ein besondrer Ausdruck für „in einem andern Gerichtsbezirk" gebraucht werden konnte. Daher ist es vom Standpunkte Justinian's aus jedenfalls unrichtig, an einen andern unabhängigen Staat zu denken, oder was auf dasselbe hinauskommt — an den Bezirk eines andern Oberappellationsgerichts. Weder konnte Justinian dieß bei seiner

19) Die Glosse zu Nov. 4. ad. v. praesentis stellt diese Ansicht als sechste und letzte Möglichkeit auf und scheint sie damit zu billigen. Doch wird (wie auch in der Summa Joannis l. c.) eine andre Auffassung erwähnt, wonach praesens hieße: in judicio. Nach dieser sollte es also wohl auf den Gerichtsbezirk ankommen.

20) Vgl. die in der o. a. Samml. gemeinr. Auff. II. S. 329 mitgetheilten Entscheidungsgründe zu einem Erkenntniß des Landesgerichts zu Wolfenbüttel v. J. 1834.

Verordnung im Sinne haben [21]), noch würde es seiner Intention entsprechen, es jetzt so festzusetzen. Der Gläubiger soll nicht an einen andern Richter gewiesen werden; das ist Justinians Absicht. Ist es aber dasselbe, ist dem Gläubiger damit geholfen, wenn er zwar an einen andern Richter gehen müßte, aber doch noch dasselbe Obergericht über sich behielte? Sowohl die Wortfassung, als die ganze Intention des Gesetzes spricht dafür, daß das Beneficium schon dann wegfallen solle, wenn der Hauptschuldner in einem andern Untergerichtsbezirke sich befinde. Diese Ansicht hat auch von jeher ihre Vertreter gehabt [22]), so daß man nicht etwa für die unrichtige Meinung sich auf Gewohnheitsrecht berufen darf.

Freilich aber ist die Verschiedenheit des Gerichts (etwa hinsichtlich des Instanzenverhältnisses) allein noch nicht entscheidend, sie muß verbunden sein mit der örtlichen Verschiedenheit des Bezirks. Der Hauptschuldner kann daher nicht als abwesend gelten, wenn er an demselben Orte, nur etwa vor einem andern Gerichte, z. B. vor einem Gerichte zweiter Instanz — oder z. B. in einer Stadt nicht vor dem dortigen Justizamte — wie etwa der Bürge — sondern vor dem Stadtgerichte — oder umgekehrt — zu belangen ist. Ebenso, wenn unbewegliche Güter des Hauptschuldners in dem Gerichtsbezirke des Gläubigers und des Bürgen liegen und die Hauptklage z. B. wegen eines Pfandrechts auf diese gerichtet werden darf.

Die zweite Frage ist, ob der Ausschluß des Beneficiums in diesem Falle als in seiner Natur begründet oder als singuläre Bestimmung anzusehen sei?

---

21) Die ganze Ausnahme wäre ja sonst für den Umfang seines Reiches ohne praktische Bedeutung gewesen.

22) Vgl. Ant. Faber Cod. tit. de exc. def. 33. Christinaeus pract. quaest. Vol. I. dec. 136. Schmid de fid. princ. obl. p. 133. Entscheidungsgründe zu einem Erkenntn. des Landesger. zu Wolfenb. v. J. 1832 in der o. a. Samml. II. S. 329.

Es dürfte zwar kaum noch eines besondern Beweises bedürfen, daß die Vermuthung für das Erstre sprechen müsse, daß es doch das am Nächsten liegende sei, nach dieser Ausnahme die Natur, den Sinn der Regel selbst zu bestimmen und so den Zweck des ganzen Gesetzes auf einen einzigen Grundsatz zurückzuführen. Allein man hat sich dagegen berufen auf die Regel, daß singuläre Rechtsbestimmungen strikt interpretirt werden müßten. Diesem Einwande liegt freilich eine Verwechslung zu Grunde zwischen Ermittelung des wirklichen gesetzlichen Willens, dessen, was der Gesetzgeber aussprechen wollte — und zwischen der analogen Ausdehnung des so ermittelten Willens. Die Letztre ist bei singulärem Rechte allerdings unzulässig, aber davon ist hier gar nicht die Rede, sondern nur von dem Erstern, von der Ermittelung des in dem Gesetze ausgesprochnen Willens; diese aber muß man auch bei ganz singulären Rechtsbestimmungen für berechtigt anerkennen, denn man wird doch nicht behaupten wollen, daß es hier weniger nothwendig, als bei andern Bestimmungen sei, den wahren Willen des Gesetzgebers zu erforschen oder daß dieser Wille gerade hier schon bei buchstäblicher, streng wörtlicher Auffassung und Auslegung sich finden lasse, da dieß doch bei Gesetzen andrer Art entschieden unzureichend ist.

Uebrigens würde man bei unsrer Nov. 4. mit jener sog. strikten Interpretation nicht einmal durchkommen und wenigstens dasjenige Resultat nicht erlangen, das damit erreicht werden soll. Man glaubt nämlich durch dieselbe das Beneficium excussionis beschränken zu können auf den Fall, wo Hauptschuldner, Bürge und Gläubiger, alle drei, einen und denselben Gerichtsbezirk haben — in allen andern Fällen sei es ausgeschlossen, also auch wenn Hauptschuldner und Bürge unter demselben Gerichte stehen, der Gläubiger dagegen unter einem andern oder wenn der Hauptschuldner den Gerichtsbezirk mit

dem Gläubiger gemein hat, der Bürge aber abwesend ist — in diesen Fällen soll der Bürge die vorherige Ausklagung des Hauptschuldners nicht verlangen dürfen. — Dieses Resultat könnte gestützt werden auf buchstäbliche Auslegung der Worte: Et si quidem praesentes ei consistant ambo et principalis et intercessor et aut mandatur aut sponsor, hoc omni servetur modo.

Dem steht aber die stricte Interpretation der folgenden Worte entgegen: Si vero intercessor aut mandator aut qui sponsioni se subjecerit, adsit; principalem vero abesse contigerit, acerbum est, creditorem mittere alio. — Durch streng wörtliches Festhalten an dieser Ausnahme könnte man dahin gelangen, das Beneficium überall für zulässig zu erklären, wo nicht der Ausnahmsfall: gemeinsamer Gerichtsbezirk des Gläubigers und Bürgen und Abwesenheit des Hauptschuldners vorliege, also auch dann, wenn Hauptschuldner und Bürge einen gemeinsamen aber von dem des Gläubigers verschiednen Gerichtsbezirk hätten. Wenn es dabei nothwendig wäre, für das Eine oder das Andre zu entscheiden, so würde gewiß das Erstre den Vorzug nicht bekommen. Denn die Worte „et si quidem etc.“ haben doch wahrhaftig nicht den Anschein, als solle damit der Anfangs ganz allgemein ausgesprochne Satz jetzt beschränkt, als solle jetzt dessen eigentlicher Umfang bestimmt werden. Zum Wenigsten muß man zugeben, daß eine andre Interpretation ebenso nahe liege, daß durch jenen Satz nur der Fall bezeichnet werden solle, wo die Anwendung des Beneficiums gar keinem Zweifel unterliegt. Ist diese Interpretation möglich, so wird sie bedeutend unterstützt durch das Folgende; denn nun erst erwartet man die genauere Bestimmung darüber, wann es nicht Statt haben soll. Justinian sagt nicht: In allen übrigen Fällen — acerbum est, creditorem mittere alio, wie er nach der entgegengesetzten Auffassung sagen müßte, sondern er nennt

nur den Fall, wo der Bürge praesens, der Hauptschuldner absens ist.

Stehen sich demnach hier zwei stricte Interpretationen gegenüber, ohne daß mit Bestimmtheit für die eine oder die andre entschieden werden könnte, so wird man zugeben, daß hier wenigstens der Grundsatz von stricter Auslegung singulärer Rechtsbestimmungen zu keinem Resultate führe. — Es bleibt daher auch den Anhängern dieses Grundsatzes hier nichts übrig, als auf den muthmaßlichen Sinn und Zweck des Gesetzgebers zu recurriren.

Einem vernünftigen, aus der Natur der Sache hergenommenen Willen Justinian's entspricht weder die Beschränkung des Beneficiums auf den Fall, si ambo praesentes consistant — noch die Ausschließung desselben bloß in dem Falle: si fidejussor adsit, principalem vero abesse contigerit — sondern allein folgende Auffassung: In der Regel soll der Bürge die exceptio excussionis haben, aber nur unter der Voraussetzung, daß die Ausklagung des Hauptschuldners nicht mit unverhältnißmäßig größrer Schwierigkeit verknüpft ist, als die des Bürgen. Als ein Beispiel, wo dieß so recht auffallend und einleuchtend ist, führt er den Fall an: si fidejussor adsit etc. In der That konnte an andre Fälle, da von unserm Concursverfahren noch nicht die Rede war, kaum gedacht werden, so daß Justinian glauben konnte, mit diesem einzigen Beispiele jenes Princip für den Wegfall des Beneficiums ganz vollständig auszusprechen und so die Natur der Rechtswohlthat in der oben angegebnen Weise zu bestimmen.

Demnach können wir die Ausnahme der Abwesenheit als schon in dem Wesen des Beneficiums liegend betrachten. Freilich aber ist es noch eine ganz andere Frage, ob wir dadurch berechtigt seien, dasselbe auch in anderen Fällen auszuschließen, wo derselbe Grund wie bei der Abwesenheit des Hauptschuld-

ners vorhanden sei. Denn wenn auch den Gesetzgeber bei Hervorhebung der Abwesenheit jener allgemeine Gesichtspunkt leitete, so läßt sich doch nicht sagen, daß er noch andere Fälle habe ausnehmen wollen, daß er überhaupt an andere gedacht habe. Unter diesen Umständen wäre die Ausdehnung der genannten Ausnahmsbestimmung auf ungenannte Fälle eine analoge Erweiterung und zwar scheinbar eines singulären Rechtssatzes, eben darum aber unzulässig; nicht weil die Ausnahme allein singulär gemeint war, sondern weil sie ein Theil des singulären Beneficium excussionis ist. Die Worte: durum oder acerbum est, creditorem alio mittere sollen doch nur den Grund angeben, warum Justinian bei Abwesenheit des Hauptschuldners — also in dem einen Falle — das Beneficium ausschließen wollte und aus einem solchen gesetzgeberischen Motiv, welches hier nur als ratio legis hingestellt wird, kann man durch bloße Interpretation kein Rechtsprincip, keine ratio juris machen. Allein man muß bedenken, daß die Regel, singuläre Rechtssätze seien nicht analog auszudehnen, hier gar nicht in Frage komme. Was den Schein einer Ausdehnung hat, ist in Wirklichkeit auf möglichste Beschränkung einer singulären Bestimmung gerichtet. Jus singulare ist das Beneficium excussionis. Dasselbe soll nur da zur Anwendung kommen, wo es der Gesetzgeber wirklich angewendet wissen wollte. Wenn wir daher auf Grund der Worte: acerbum est, creditorem alio mittere dem Falle der Abwesenheit andere Fälle gleichstellen, so dehnen wir damit nicht das jus singulare aus, sondern im Gegentheile, wir lassen uns durch jene Worte hindern, dem jus singulare den Umfang einzuräumen, der ihm scheinbar durch die Anfangsworte des C. 1. verliehen wird.

Wenn wir aber auch darauf verzichten müßten, auf dem Wege der Interpretation zu dem Resultate zu gelangen,

30 *

daß das Beneficium den Bürgen nur insoweit Vortheil gewähren solle, als dieß ohne Beeinträchtigung des Gläubigers geschehen könne, so dürften wir dagegen dieses Resultat als einen Satz des Gewohnheitsrechts betrachten (vgl. oben B. II. §. 17. 22. 23.). Die gewohnheitsrechtliche Gestalt unseres Rechtsmittels ist folgende: Der Bürge kann nur unter der Voraussetzung verlangen, daß der Hauptschuldner vor ihm ausgeklagt werde, wenn diese Ausklagung des Hauptschuldners in juristischer Beziehung als eben so leicht wie die des Bürgen anzusehen ist. —

Hätten Römische Juristen jene Novelle bearbeitet und als Princip des Ausnahmsfalls die möglichste Rücksicht für den Gläubiger aufgestellt, welches dann auch im weitern Umfange zur Geltung kommen sollte, so wäre aller Zweifel gehoben, wir hätten einen Satz des Juristenrechts vor uns. Nun haben dieß zwar keine Pandektenjuristen gethan, aber doch diejenigen Juristen, welche für die Jahrhunderte seit Reception des Römischen Rechts als Repräsentanten des juristischen Volksbewußtseins gelten dürfen. Die Novelle 4 ist gleich in dieser Auffassung in Deutschland recipirt worden.

Die juristische Thätigkeit, welche dabei zu Grunde lag, war von zweifacher Art — einmal interpretatorisch, man glaubte in dem acerbum est eine Andeutung zu sehen, daß der Gläubiger nur dann zur Vorausklage gezwungen werden könne, wenn diese für ihn keine größern Schwierigkeiten biete, als die Klage gegen den Bürgen. Daneben wirkte aber zugleich selbstständig das Bedürfniß, das Beneficium der Nov. 4 in möglichst enge Schranken einzuschließen, worauf ja auch der seit ältester Zeit herkömmliche Verzicht auf dasselbe hinweist. —

§. 28.

Die einzelnen Consequenzen dieser gewohnheitsrechtlichen Auffassung sind folgende:

Erstens beantwortet sich daraus die Frage, ob das Beneficium der Nov. 4 beschränkt sei auf den Fall, wo die Abwesenheit des Hauptschuldners später — nach Eingehung der Bürgschaft — eintritt. Nach den Worten der Novelle scheint Justinian zunächst an diesen Fall zu denken (εἰ συμβαίη). Doch konnte er recht gut auch diesen Ausdruck wählen, um damit alle Fälle zu bezeichnen, wo zur Zeit der Klage der Hauptschuldner abwesend ist. Nach der obigen Auffasnng hat die Sache keinen Zweifel mehr. Es kommt lediglich auf die Zeit der Klage gegen den Bürgen an. Ist der Hauptschuldner zu dieser Zeit abwesend, so fällt das ben. excuss. weg, gleichviel, ob er schon von Anfang an abwesend (im Sinne der Nov. 4) war oder erst später sich entfernt hat.

Zweitens ergibt jene Auffassung auch eine Entscheidung für den Fall, wo beide, sowohl Hauptschuldner als Bürge, „abwesend" sind — (vorausgesetzt, daß man die Interpretation nicht für berechtigt hält, in der oben angedeuteten Weise zu demselben Resultate zu führen) — die Entscheidung nämlich, daß es darauf ankomme, welcher von beiden weiter als der Andre abwesend, d. h. mit größeren Schwierigkeiten zu belangen sei. Wenn der Hauptschuldner im Verhältniß zum Bürgen — obgleich auch dieser abwesend, doch unverhältnißmäßig schwieriger auszuklagen ist, so fällt das beneficium excussionis weg. —

Drittens muß von diesem Principe aus auch die Frage beurtheilt werden, ob das ben. exc. wegfalle, wenn zur Zeit der Klage gegen den Bürgen über das Vermögen des Hauptschuldners Concurs ausgebrochen ist. Es kommt nämlich darauf an, ob dadurch die Ausklagung des Hauptschuldners mit bedeutend mehr Schwierigkeiten verknüpft ist, als die des Bürgen.

Von jeher hatte sich zwar die Mehrzahl der Juristen für Wegfall des ben. exc. in solchem Falle entschieden [23]). Anfangs aber gründete man diese Entscheidung auf die voraussichtliche Nichtbefriedigung des Gläubers; es sei so gut, als habe der Gläubiger erfolglos den Hauptschuldner ausgeklagt. Hiergegen wurde später bemerkt, es müsse doch erst abgewartet werden, ob und in wieweit der Gläubiger wirklich ohne Befriedigung bleibe. Es hänge ja alles von seinem Range unter den Concursgläubigern ab. Da dieß einleuchtete, so suchte man später zu demselben Resultate zu gelangen, indem man die Schwierigkeit und Weitläufigkeit des Concursverfahrens hervorhob, in Rücksicht deren dem Gläubiger die Klage gegen den Hauptschuldner nicht zugemuthet werden könne. — Mit diesem Gesichtspunkte war jedoch eine Beschränkung jenes so allgemein hingestellten Satzes nothwendig gegeben. Man konnte nicht mehr unbedingt für den Fall des Concurses unser Beneficium ausschließen, man mußte die Frage im concreten Falle abhängig machen von der Entscheidung, ob der Weg durch das Concursverfahren mit solchen Schwierigkeiten im Verhältniß zur Ausklagung des Bürgen verknüpft sei, daß dem Gläubiger der Gebrauch desselben nicht zugemuthet werden könne [24]).

Diese Entscheidung, ob ein derartiger Fall vorliege, muß in das Ermessen des Richters gestellt werden. —

Gegen diese Beantwortung der Frage hat man, abgesehen von solchen Einwürfen, die gegen den frühern Gesichtspunkt (von voraussichtlicher Insolvenz) gerichtet waren, hauptsächlich nur geltend gemacht eine wörtliche Interpretation der Nov. 4.

---

23) Vgl. oben Bd. II. §. 23. Zu den S. 234 angeführten Entscheidungen ist nachzutragen ein Erkenntniß des OAG. zu Celle vom 4. März 1830 und ein Erkenntniß desselben Gerichts v. J. 1835 (in Wilh. von Pufendorfs Observationen. Celle 1841, S. 148 ff.)

24) Vgl. Sell a. a. O.

In dieser sei lediglich bei Abwesenheit des Hauptschuldners eine Ausnahme zugelassen. Die Ausdehnung auf andere Fälle beruhe nicht auf gleichem, sondern nur auf einem ähnlichen Grunde, es müsse also in allen andern Fällen (wie auch Justinian durch das omni modo andeute) das Beneficium zur Anwendung kommen.

Diese Argumentation könnte vorgebracht werden gegen eine Begründung aus den Worten der Nov. 4. In wieweit er gegen eine solche stichhaltig sei, ist oben untersucht worden. Gegen die Berufung auf Gewohnheitsrecht ist sie ohne alle Relevanz.

Daß es sich nicht im Allgemeinen bestimmt angeben lasse, von welcher Art und Bedeutung die Schwierigkeiten sein müßten, das ist ein Einwand ohne allen Belang, da dieß, wie so vieles Andere, von der Beurtheilung des Richters abhängen muß. Freilich hat man auch dieß bestritten; nicht der Richter habe es zu beurtheilen, sondern der Kläger habe es als Replik zu beweisen. Allerdings hat es der Kläger erst in der Replikschrift anzuführen, er hat auch die Thatsachen anzuführen, auf welche er seine Behauptung stützt, allein damit verträgt es sich sehr wohl, daß die Entscheidung, ob diese Thatsachen eine Schwierigkeit der erforderlichen Art begründe, dem Richter allein zustehen muß.

Der Einwand, den man noch aus dem ben. ced. actionum hergenommen: „der Gläubiger müsse seine Forderung beim Concurse anmelden, sonst stehe seiner Bürgschaftsklage die exceptio cedendarum actionum als eine peremptorische Einrede entgegen (weil er mit seiner Klage ausgeschlossen sei); habe er sie aber angemeldet, so sei sie als litigiös nicht cessibel und es stehe ihm nun doch wieder dieselbe Einrede entgegen“, dieser Einwand beseitigt sich durch das, was unten über diese angebliche exceptio cedendarum actionum gesagt werden wird.

Da es nämlich, wie zu zeigen ist, eine solche exceptio nicht gibt, so fällt das darauf gebaute Argument von selbst zusammen [25]).

§. 29.

Die bisher aufgeführten Fälle sind jedoch nur Beispiele für eine allgemeine Regel, für die Regel, daß das Beneficium der Vorausklage überall wegfalle, wo die Ausklagung des Hauptschuldners mit größerer Schwierigkeit — als die Klage gegen den Bürgen — verknüpft ist. Diese Regel muß daher auch in andern Fällen Platz greifen, sofern ihre Voraussetzungen gegeben sind. So z. B., wenn das Vermögen des Hauptschuldners aus Grundstücken besteht, die in einem andern Gerichtsbezirke gelegen sind.

Auch können wir den Fall hierherziehen, wo der Hauptschuldner nur naturaliter verpflichtet — die Schwierigkeit also eine rein juristische ist. In diesem Falle kann doch der Gläubiger seine Forderung noch geltend machen, wenn auch nicht durch Klage; darum ist dieser Fall zu trennen von dem oben erörterten, wenn der Hauptschuldner ganz befreit ist. — Man könnte einwenden, da hier die Klage dem Gläubiger nicht zukomme, so gehöre auch der Fall nicht hierher, weil es sich hier um schwierigere Ausklagung handle. Wir dürfen aber mit Bezug hierauf jene Regel dahin erweitern: Das Beneficium fällt weg, wenn die Geltendmachung des Rechts mit größerer Schwierigkeit verbunden ist, wie eben z. B., wenn das Recht nicht klagbar ist.

25) Uebrigens muß der Gläubiger allerdings, aber aus einem andern Grunde, seine Forderung beim Concurse anmelden, nämlich, damit ihm nicht die exceptio excussionis wegen Nachlässigkeit peremtorisch entgegenstehe. S. darüber im folg. Kap.

Bei allen diesen Fällen müssen wir jedoch im Auge behalten, daß hierbei nur auf solche Umstände Rücksicht genommen wird, welchen das Recht selbst einen Einfluß auf das gerichtliche Verfahren beilegt. So erkennt das Recht den Concurs als einen Fall an, in welchem besondere Grundsätze zur Anwendung kommen müßten; dem Aufenthalte einer Person und dem Orte, wo Jemandes Güter gelegen sind, räumt es Bedeutung für die Bestimmung des Forums ein.

Daß dagegen der Hauptschuldner eine Person von großem Einflusse, daß er streitsüchtig und schikanös sei, das kann nur zufällig einen factischen Einfluß auf den Proceß haben — und nur im Widerspruch mit dem Geiste aller Rechtsordnung; das Recht kann daher dergleichen Schwierigkeiten nicht als rechtliche Gründe für den Wegfall der Nov. 4 anerkennen, ohne seinen obersten Principien zu widersprechen. Daß dennoch so viele ältere Schriftsteller dergleichen Fälle [26]) hierherzählen, geschah wohl hauptsächlich, weil sie gedankenlos den Juristen des Mittelalters und des 16ten Jahrhunderts nachschrieben. Bei diesen aber erklärt es sich aus dem mangelhaften Rechtszustande, der zu ihrer Zeit herrschte. Ein Gewohnheitsrecht konnte daraus nicht entstehen, weil solche Sätze gegen die obersten Rechtsprincipien verstoßen würden. —

Ebenso müssen wir daran festhalten, daß im Bisherigen immer das Begründetsein der Klage vorausgesetzt wurde. Die Anführung eines solchen Wegfallsgrundes ist eine wirkliche Replik auf die Einrede der Vorausklage.

Mit Unrecht ist daher von Aeltern [27]) aus unserem Principe die Consequenz abgeleitet worden, der Gläubiger, welcher

26) Die hauptsächlichsten Fälle s. oben 2tes B. S. 207 f. und bes. S. 227. f., 238.

27) Vgl. die oben angef. Tractate von Val. Francus (c. 5 nr. 411). Hering (27. 1. nr. 313). Dagegen u. A. Schmid de fid. princ. obl. §. 118.

vom Bürgen belangt werde, könne die Forderung, wofür jener sich verbürgt, als Gegenforderung compensiren, ohne daß ihm die exceptio ordinis (als Replik) entgegenstehe. Denn hier gehört es zum Grunde der Compensationseinrede, daß die Forderung gegen den Bürgen liquid, also eine Ausnahme von der Novelle 4 Platz greife, so daß die Klage sofort würde angestellt und durchgeführt werden können. Ist also nicht schon einer der oben erwähnten Ausnahmsfälle (oder ein ihm ganz analoger) vorhanden, so braucht ihm gar nicht die Excussionseinrede opponirt zu werden, sondern es wird einfach das Begründetsein der Einrede vom Bürgen geläugnet.

Der Umstand, wodurch nur eine dilatorische Einrede des Gegners beseitigt werden soll, kann nicht dazu benutzt werden, das Rechtsmittel überhaupt erst zu begründen.

Endlich muß noch bemerkt werden, daß auch in denjenigen Fällen, die nach dem oben aufgestellten Principe (wegen größerer Schwierigkeit) das Beneficium ausschließen, diese Wirkung nur unter der Voraussetzung eintritt, daß der Gläubiger nicht durch Nachlässigkeit in Verfolgung seines Rechts diese Schwierigkeit selbst verschuldet hat. Die genauere Bestimmung, wie diese Nachlässigkeit beschaffen sein muß, damit sie hierbei in Betracht komme, wird im folgenden Kapitel gegeben werden, sowie auch die dort versuchte Begründung dafür, daß diese Nachlässigkeit dem Gläubiger schaden müsse, hierher zu ziehen ist. Die wesentliche Verschiedenheit besteht freilich, daß die durch den Gläubiger verschuldete Schwierigkeit den Bürgen nicht befreit, wie dieß bei der verschuldeten Unmöglichkeit, zur Befriedigung durch den Hauptschuldner zu gelangen, der Fall ist.

Wenn aber der Fall so beschaffen ist, daß nach dem Bisherigen die exceptio excussionis durch eine Replik des Gläubigers beseitigt werden kann, so entsteht die Frage, ob nicht auch hier bei der Abwesenheit dem Bürgen eine Frist bewilligt

werden müsse, innerhalb deren er die Schwierigkeit beseitigen könne. Gewiß müssen wir im Geiste des oben angegebnen Gewohnheitsrechts, welches sich ja nur auf der Basis der Nov. 4. entwickelt hat, dafür entscheiden. Allein freilich liegt es in der Natur mancher der angegebnen Fälle, wie namentlich des Concurses, daß der Bürge die Schwierigkeit nicht beseitigen kann. Es bleibt ihm daher nur übrig, und dazu kann ihm jene Frist von Nutzen sein, zu bewirken, daß der Gläubiger noch innerhalb derselben zur Befriedigung gelange.

§. 30.

Wir wenden uns nunmehr zu denjenigen Ausnahmen, welche nach der gewöhnlichen Lehre, wenigstens ältrer Schriftsteller, aufgestellt werden und welche nicht schon in der Natur unsrer Rechtswohlthat, sondern in andern Principien ihren Grund haben.

1) Wenn der Bürge dolose seine Bürgschaftsverbindlichkeit läugnet, so soll er von dem Beneficium excussionis keinen Gebrauch machen dürfen. Es ist dieß eine Ausdehnung eines für das Beneficium divisionis geltenden Satzes auf das Beneficium der Novelle 4. Hinsichtlich der nähern Bestimmungen dieses Falls ist daher auf das zu verweisen, was unten beim Beneficium divisionis gesagt werden wird. Nur die Frage muß hier erörtert werden, ob wirklich diese Ausdehnung anerkannt werden müsse.

Nun möchte es zwar gewagt sein, aus der Bestimmung für das ben. divisionis die allgemeine Regel herzuleiten — wie Aeltere gethan: Wer den Grund eines Beneficium's läugnet, macht sich des Beneficium's verlustig. Allein die Ausdehnung eines derartigen Satzes vom beneficium divisionis auf das beneficium ordinis dürfte sich doch rechtfertigen lassen. Denn

jener für das Erstre geltende Satz beruht ja nicht auf dem Inhalte dieser Rechtswohlthat — also nicht auf dem, wodurch es sich vom ben. ordinis unterscheidet, sondern auf ihre Eigenschaft als Rechtswohlthat eines Bürgen — also auf dem Momente, welches sie mit unsrer Rechtswohlthat gemein hat. — Auch bezieht sich jener Satz auf einen Fall, der bei allen Bürgschaftsprocessen vorkommen kann, so daß ebenso oft die Frage hinsichtlich des einen Beneficiums, wie hinsichtlich des andern entstehen wird.

Da indessen es nicht an Solchen fehlen wird, die alle Ausdehnung deßhalb verwerfen, weil kein jus singulare ausgedehnt werden dürfe, und weil nicht bloß eine solche Rechtswohlthat, wie das ben. divisionis, sondern auch Alles, was darüber Rechtens ist, also auch die Sätze, die nicht bei Einführung derselben festgesetzt worden, sondern sich erst durch Thätigkeit der Römischen Juristen ausbildeten, wie hier der Fall war, jus singulare seien, so ist es eben darum sicherer, sich auf die einstimmige Praxis, die sich wenigstens seit der zweiten Hälfte des 15ten Jahrhunderts nachweisen läßt, zu berufen [28]).

2) Auch der Wegfall unter Kaufleuten [29]) (oder wenigstens einem Kaufmanne als Bürgen gegenüber) könnte durch ein derartiges Gewohnheitsrecht sanctionirt scheinen und es wäre dieß zwar der einzige aber allerdings ein hinreichender Grund, diese Ausnahme anzuerkennen.

Allein unbezweifelt in Theorie und Praxis scheint diese Meinung nicht gewesen zu sein und auch die herrschende Meinung ging nur dahin, daß ein Handelsgericht das beneficium excussionis nicht zu respectiren habe. Soweit sich aber ein Gowohnheitsrecht hierfür nachweisen läßt, ist es kein

---

28) Die Belege s. oben B. II. S. 208. 229. 239 f.

29) Vgl. B. II. S. 236 ff.

gemeinrechtliches und damit bleibt die Frage für das gemeine Recht lediglich auf innere Gründe verwiesen. Dergleichen lassen sich jedoch, wie gesagt, keine für jene Behauptung durchführen.

Man hat sich berufen auf die Analogie der argentarii, welche nach Justinian's Bestimmung am Ende der Novelle 4. (c. 3 §. 1.) (worauf er in der unglossirten Nov. 136 c. 1. wieder zurückkommt) das Beneficium der Nov. 4 nicht für sich sollen beanspruchen dürfen. Allein unsre Kaufleute sind nicht identisch mit den Römischen Argentarien und bei solchen Bestimmungen, die in einer Rücksicht auf das öffentliche Wohl, also z. B. auf den damaligen Zustand des Verkehrs ihren Grund haben, ist eine analoge Ausdehnung unzulässig.

Andre legten Gewicht auf das Bedürfniß eines möglichst einfachen und schnellen Wegs — ohne Umschweife — zur Befriedigung zu gelangen, welches unter Kaufleuten sich geltend mache und welchem eine exceptio ordinis durchaus widerstreiten würde. Hier müsse der Gläubiger das Recht haben, zu wählen zwischen Hauptschuldner und Bürgen, welchen er für solvent halte, ohne dem Bürgen gegenüber die geschehene excussio principalis debitoris nachweisen zu müssen.

Damit hängt ein dritter Grund zusammen: Bei Kaufleuten sei stets ein Verzicht auf unser Beneficium zu vermuthen. Denn zu dieser praesumtio wurde man nur durch die Rücksicht auf das eben erwähnte Bedürfniß des Verkehrs hingeführt.

Gegen beide letztberührten Gründe ist zu erinnern, daß ein solches Bedürfniß keineswegs genügt, um darauf hin entweder ein besondres Verfahren oder eine besondre Präsumtion für die Bürgschaft eines Kaufmanns zu statuiren; es müßte sich ein besondres Herkommen für das eine oder andre nachweisen lassen. Allerdings ist es von vornherein wahrscheinlich, daß, wenn wirklich ein solches Bedürfniß vorlag, es sich auch

im Rechtsleben Geltung verschafft habe. Gemeinrechtlich aber ist dieß in unserm Falle nicht geschehen, oder doch nur eine abweichende Praxis der Handelsgerichte anerkannt. In wieweit eine usence des Handelsstandes hierüber vorliege, das zu untersuchen liegt außer den Grenzen dieser Abhandlung.

Uebrigens darf nicht übersehen werden, daß Abwesenheit des Hauptschuldners gerade bei Schuldverhältnissen zwischen Kaufleuten sehr häufig vorkommen und somit das Beneficium der Nov. 4 wegfallen wird. —

3) Noch weniger können die übrigen Fälle, die von ältern Schriftstellern als Ausnahmen aufgezählt werden[30]), als solche anerkannt werden, wie z. B. der angebliche Wegfall des Beneficiums bei eidlicher Verbürgung oder wo ex bono et aequo entschieden werde oder beim fidejussor in rem suam. Gegen das Erstre ist zu erwiedern, daß der Eid nur die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts und dessen Inhalt bestärken, also seine Wirkungen aufrecht erhalten, nicht aber dasselbe in seinen Wirkungen beschränken soll, was nach jener Ansicht geschähe, denn das ben. ord. gehört doch auch zum Inhalte einer Verbürgung.

Das zweite suchte man dadurch zu rechtfertigen, daß man unser Beneficium unter die apices juris zählte; den Beweis aber blieb man schuldig.

Das Dritte hatte seinen Grund in Nichtunterscheidung materieller und formeller Intercession, indem man den fidejussor in rem suam als Hauptschuldner betrachtete. Es gilt daher, über diese Annahme, was oben in §. 1 dieses Buchs über den Begriff „Bürge" gesagt worden.

Da nun diese Ausnahmen auch in Theorie und Praxis nicht constant in Anerkennung geblieben sind[31]), so entbehren sie alles Grundes.

---

30) S. B. II. §. 22. 24.

31) Vgl. oben S. 235 ff.

§. 31.

Das zweite Beneficium der Bürgen, welches ihnen schon durch Hadrian verliehen wurde, ist das B. der Theilung (b. od. auxilium divisionis).

Die Wirkung dieses Beneficiums besteht in einer exceptio, durch welche der Bürge, wenn er Mitbürgen hat, es durchsetzen kann, daß die Forderung zwischen denen, die jetzt im Augenblicke der Litiscontestation noch verpflichtet, gegenwärtig und zahlungsfähig sind, getheilt werde. Er hat diese Zahlungsfähigkeit entweder sofort zu beweisen oder er darf nur verlangen, daß der Gläubiger die übrigen auf seine (des Bürgen) Gefahr belange, weßhalb er auch Caution zu bestellen hat.

Beweist er aber jene Voraussetzungen, so fragt sich, ob durch die nunmehr eintretende Theilung die Obligation selbst für immer getheilt sei, oder ob für die nachher eintretende Insolvenz eines jetzt solventen Mitbürgen die andern noch einstehen müssen, ob also die Obligation nur provisorisch getheilt sei, so daß nur eine theilweise Vorausklage gegen die Mitbürgen pro rata statt finden müßte.

Daß eine wirkliche Theilung der Obligation nicht schon von dem Augenblicke an eintreten könne, wo die mehreren Bürgschaften neben einander bestehen, das ergibt sich schon aus der nothwendigen Rücksicht auf die Zahl der im Augenblick der LC. anwesenden und zahlungsfähigen Mitbürgen — und es wird auch ausdrücklich in l. 49. §. 1 D. de fid. nach dieser Auffassung entschieden [31]), da in dieser Stelle dem das Ganze freiwillig zahlenden Mitbürgen die condictio indebiti auf den Ueberschuß über seine Rate abgesprochen wird, obgleich diese condictio dann Platz greift, wenn die gezahlte Schuld durch eine exceptio entkräftet war (l. 40 D. 12. 6).

31) Vgl. a. l. 26 eod.

Es kann also von vorneherein nur davon die Rede sein, ob die exceptio zur Zeit der Litiscontestation[32]) eine Theilung der Obligation selbst ein für allemal zur Folge habe. —

Dieß wird nun zwar sehr unzweideutig mehrfach in unsern Quellen l. 51. §. 4 D. de fid., l. 16 C. eod.; vgl. Theoph. par. III. 20. §. 4 hervorgehoben; diese Auffassung liegt ganz unzweifelhaft zu Grunde, wenn es in den angeführten Stellen heißt: Werde einer der Mitbürgen, welcher zur Zeit der Theilung solvent war, später insolvent, so sei das der alleinige Schaden des Gläubigers und bringe den übrigen Mitbürgen keinen Nachtheil.

Allein diesen Quellenaussprüchen könnte man vielleicht dadurch ihre Auctorität zu benehmen versuchen, indem man sie als Ueberbleibsel des Pandektenrechts hinstellte, als Consequenzen der Proceßconsumtion (durch Litiscontestation), welche durch l. 28 C. 8. 41 mit dem Principe, aus dem sie geflossen, aufgehoben seien. Wir dürfen nun wohl von vorneherein davon ausgehen, daß man uns nicht ohne dringende Noth die Annahme eines solchen Widerspruchs in demselben Titel des Codex (zwischen l. 16 u. 28 cit.) zumuthe, besonders da auch Theophilus in seiner nach Einführung der l. 28 geschriebenen

32) Scheinbar von einer sofort begründeten exceptio spricht l. 51. §. 7 D. h. t., wo demjenigen, der seinen Theil freiwillig bezahlt hat, wenn er später belangt wird, durch exceptio geholfen wird. Diese läßt sich jedoch als exceptio doli leicht erklären. Denn offenbar zahlte doch der Bürge seine Rate, um später nicht mehr belangt zu werden. Wenn nun, wie in unsrer Stelle vorausgesetzt wird, zur Zeit wo er später belangt wird, der Mitbürge solvent ist, so wäre es ja offenbar ganz gegen den in der Zahlung liegenden Vertrag, wenn der Gläubiger, der kein Interesse hat, ob er den einen oder den andern belange, sich gerade gegen den wenden wollte, der seine Rate bezahlt hat, wenn er also ihn schlimmer behandeln wollte, als wenn er mit der Zahlung bis jetzt gewartet hätte. Er muß die Zahlung gelten lassen, als geschehe sie jetzt erst.

Paragraphe noch das Pandektenrecht in diesem Punkte vorträgt.

Prüfen wir also die Gründe, mit denen man die Behauptung unterstützen könnte, daß jene Aussprüche der Pandekten und des Codex durch Justinian's erwähnte Verordnung aufgehoben seien. Es kommt dabei allein auf die Frage an: War die ein für allemal eintretende Theilung eine Folge der Litiscontestation wegen des Grundsatzes der Proceßconsumtion — oder folgte sie aus der Natur des ben. divisionis? —

Das Erstre anzunehmen haben wir deßhalb keinen Grund, weil der Grundsatz der Proceßconsumtion gewiß auch hier umgangen worden wäre, wenn man ihn im Widerspruche mit dem Bedürfnisse des Gläubigers gefunden hätte. Man hätte nur einfach festsetzen können; auch der Beweis, daß die übrigen Mitbürgen anwesend und solvent seien, solle den belangten Bürgen nicht befreien von der Verpflichtung Caution zu bestellen für die Entschädigung des Gläubigers, wenn der eine oder andre Mitbürge später insolvent würde. Dazu kommt, daß, wie schon oben (B. I. Kap. 6.) erwähnt worden, das ganze Beneficium divisionis im Widerspruche stand mit dem Principe der Proceßconsumtion und daß man — besonders bei einer actio incerta — sich eines Schutzmittels für den Gläubiger bedient haben muß, über dessen Beschaffenheit wir freilich Nichts wissen. Dasselbe Mittel würde auch gedient haben, dem Gläubiger seinen Anspruch auf den Theil eines nachher insolvent Gewordenen gegen die übrigen zu erhalten. Man wandte jedoch keines dieser Mittel an, sondern man ließ die Obligation ein für allemal getheilt sein. Damit dieß aber dem Gläubiger keinen Nachtheil bringe, so sollte die Theilung nur eintreten rücksichtlich der a n w e s e n d e n und s o l v e n t e n Mitbürgen. Benutzte der Gläubiger diesen Zeitpunkt, wo er zu seiner Befriedigung gelangen konnte, n i c h t, so hatte er sich selbst den

Schaden zuzuschreiben. Damit waren nun zwar die Wirkungen der Proceßconsumtion anerkannt, aber nicht als Wirkungen dieser, sie ließen sich ebensogut als Wirkungen einer für den Gläubiger ganz unschädlichen Theilung ansehen. Die Proceßconsumtion war mithin wohl der Anstoß, aber nicht das juristische Princip für die Gestalt, welche man dem auxilium divisionis gab [33]).

Somit dürfen wir uns — mit Beziehung namentlich auf die in Justinian's Rechtsbücher aufgenommenen Entscheidungen (l. 51 §. 4 D. und l. 16 C. cit.) und auf die angeführte Aeußerung des Theophilus — gewiß mit Recht dafür erklären, daß Justinan's Verordnung (l. 28. C. de fid.) keine Aenderung in der Gestalt des Beneficium divisionis, wie sie nach Pandektenrecht war, hervorgebracht habe [34]).

Das aber dürfen wir allerdings als eine Modification des frühern Rechts durch die l. 28 betrachten, daß seitdem auch diejenigen, die zur Zeit der Litiscontestation abwesend oder insolvent sind, noch forthaften und wenn der Gläubiger nicht zu seiner Befriedigung gelangt, noch nachträglich in Anspruch ge-

33) Daß Justinian in l. 28 ausdrücklich die Litiscontestation mit einem von mehreren Bürgen erwähnt, kann wohl an sich noch nichts entscheiden, denn dabei kann auch nur gemeint sein, daß es nun nicht mehr eines künstlichen Mittels zur Vermeidung der Proceßconsumtion bedürfe — oder auch der Fall, wo der belangte Bürge insolvent ist und sich deßhalb gar nicht die Mühe nimmt, vom ben. divisionis Gebrauch zu machen. —

34) Diese Ansicht war auch von jeher die herrschende. In neuester Zeit wurde sie wieder vertheidigt von Zimmern (R. Rechtl. Unters. I. S. 269 f.), Wening-Ingenheim (Zeitschr. IV. S. 382 ff., wo sich auch S. 384 die Nachweisungen ältrer Schriftsteller finden), v. Schröter (ebend. VI. S. 441 f.), Liebe (Stipulation S. 228 f.). Davon zu trennen ist jedoch die Frage hinsichtlich des Beneficiums der Nov. 99 — s. v. Schröter a. a. O. und unten Kap. 7.

nommen werden können, was von Wichtigkeit wird, wenn die Insolventen später solvent werden oder die Abwesenden zurückkehren. Denn die Befreiung dieser gründete sich lediglich auf die Proceßconsumtion. Doch können diese später Belangten, wenn die Voraussetzungen unsrers Beneficiums dann in Beziehung auf sie vorhanden sind, gleichfalls von demselben Gebrauch machen. —

Da aus der bisherigen Darstellung erhellt, daß unser Beneficium sich lediglich auf die zur Zeit der Litiscontestation bestehende Gestalt der Verhältnisse beziehe und daß das Pandektenrecht noch jetzt für uns die entscheidende Norm in diesem Punkte abgeben müsse, so folgt, daß sich nicht etwa ein Mitbürge darauf berufen dürfe, daß der Gläubiger den Andern seiner Verpflichtung entbunden habe oder daß er mit der Klage gezögert habe und es dadurch selbst verschuldet, wenn er wegen inzwischen eingetretner Insolvenz des Andern um dessen Rate komme. Vielmehr muß die Rate eines solchen Mitbürgen, der zur Zeit der Litiscontestation — einerlei ob durch Schuld des Gläubigers oder nicht — nicht mehr verpflichtet oder insolvent ist, den übrigen Mitbürgen zur Last fallen. Ausdrücklich hierfür haben wir einen Ausspruch des Röm. Rechts in l. 15. §. 1 D. de fid.

Allerdings kann aber der Bürge diesen Nachtheil, den ihm die Insolvenz des Mitbürgen bringen kann, dadurch abwenden, daß er, sobald er die Insolvenz herannahen sieht, den Gläubiger durch die sogen. provocatio ex l. si contendat zwingt, entweder jetzt zu klagen oder später sich noch die exc. divisionis gefallen zu lassen. —

Eine besondre Frage kann noch entstehen, wenn der eine Bürge nur unter einer Bedingung obligirt ist und diese zur Zeit, wo das Beneficium vorgeschützt wird, noch nicht eingetreten oder er hat sich in diem verbürgt und dieser Termin ist

noch zu erwarten. Dann soll nach l. 27 pr. D. h. t. einstweilen gegen den oder die andern Bürgen auf ihre Rate geklagt werden. Ist dann zur Zeit, wo die Bedingung oder der dies eintritt der nun verklagbare Bürge insolvent, so haften die Uebrigen noch auf dessen Theil.

§. 32.

Mit dem ganzen bisher zu Grunde gelegten Principe scheint freilich eine Entscheidung Papinian's im schroffsten Widerspruche zu stehen. Derselbe läßt nämlich[35]) den Mitbürgen eines minor, wenn dieser gleich Anfangs mit oder noch vor jenem sich verbürgt hatte — nur auf die Hälfte verpflichtet sein; wenn nicht etwa ein dolus des Gläubigers dabei im Spiele sei (wie wenn er etwa nur durch Vorschieben des Minderjährigen den andern Bürgen überhaupt erst zum Intercediren bewogen hat). Als Grund wird angeführt: propter incertum aetatis ac restitutionis. Anders wenn eine Frau sich verbürgt hatte oder wenn der minor erst nach dem Andern sich verbürgt; dann müsse dieser unbedenklich für das Ganze haften. —

Das Auffallende dieser Entscheidung liegt darin, daß die Restitution des Minderjährigen den Mitbürgen desselben von seiner Haftung zur Hälfte befreien soll, obgleich doch, wenn dieses Ereigniß vor der Litiscontestation eintritt, es dem Mitbürgen sowenig helfen kann als Insolvenz oder Befreiung des Andern durch pactum de non petendo. Ebenso auffallend ist, daß die consequente Entscheidung hinsichtlich der Frau im princ. l. cit. nicht mit Hinweisung auf unser Princip, sondern durch das Wissen oder Wissenmüssen des Mitbürgen begründet wird.

Man hat versucht diese Stelle zu beseitigen, freilich so, daß man dem Verfasser derselben, Papinian, einen Widersinn aufbürdete. Es soll nämlich angenommen werden, in dem

35) l. 48. §. 1. h. t.

Falle, wo der minor gleich Anfangs mit intercedirte, habe dessen Mitbürge nur pro parte haften wollen. Im andern Falle dagegen, wenn der minor nachher hinzugetreten, sei anzunehmen, er habe sich zuerst in solidum verbürgt. — „Denkbar" ist freilich das Eine wie das Andre; nur läßt sich ebensogut denken, daß Titius im ersten Falle sich für das Ganze; im zweiten dagegen nur für einen Theil verbürgt hat. Das Schlimme ist, daß man bei dieser Erklärung nur die Wahl hat zwischen zwei gleich unpassenden Gedanken, deren einen man Papinian unterschieben müßte. Entweder nämlich er hätte eine Interpretationsregel geben wollen. In allen Fällen, wo sich der spätere Wegfall (oder was für diesen Punkt dasselbe: die Insolvenz) des Andern nicht vorhersehen lasse, wo der Beklagte sagen könnte, er habe damals bei der Verbürgung geglaubt, er werde nur auf den Kopftheil haften müssen, da müsse Verbürgung pro rata angenommen werden. Dann würde es aber kaum einen Fall gleichzeitiger Verbürgung Mehrerer geben, wo der Bürge noch (wegen spätern Wegfalls eines oder mehrerer) auf das Ganze in Anspruch genommen werde könnte. Oder Papinian setzt voraus, Titius habe sich im vorliegenden Fall nur pro rata verbürgt, bei dem andern Fall dagegen si postea minor intercessit denkt er an eine Verbürgung in solidum. Dann aber läge ja der Gegensatz nicht in dem postea, sondern in dem Inhalte der Bürgschaft. Uebrigens ist es auf den ersten Blick einleuchtend, daß Papinian in §. 1. nur von einem und demselben Fall hinsichtlich des Inhalts spricht. —

Mir scheint eine Erklärung dieser Stelle nur möglich, wenn wir sie nicht von fidejussores, sondern von sponsores oder fidepromissores — nicht von der epistola Hadriani, sondern von der lex Furia verstehen. Da Papinian die letztre nicht ausdrücklich bei seiner Entscheidung nannte, so glaubten die

Compilatoren, er rede von der epistola Hadriani und nahmen die Stelle unbedenklich auf, nur setzten sie statt des veralteten spoponderint (oder fidepromiserint) und sponsor (oder fidepromissor) das gewöhnlichere fidejusserint, fidejussor — wie wir das an manchen andern Stellen mit Gewißheit, an andern doch mit größter Wahrscheinlichkeit nachweisen können (vgl. oben B. I. S. 103). Damit allein ist freilich zunächst nur soviel gewonnen, daß wir nun die Stelle von einer ipso jure eintretenden Theilung verstehen dürfen. Allein wir gewinnen dadurch auch ferner erstens einen Zusammenhang mit der praedictio des Gläubigers („quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit), welche nach der lex Crepereja (wenn so zu lesen ist) erforderlich war; zweitens dürfen wir nun das „alteri totum irrogandum est" (statt von verweigerter exceptio divisionis) verstehen von der Restitution der durch die Verbürgung des minor (ipso jure) zur Hälfte untergegangnen Klage auf das Ganze gegen den Titius (welche Restitution mit der des minor eng zusammenhängt — Burchardi Wiedereins. S. 555). — Fangen wir vom Ende unsrer Stelle an. Papinian schließt mit dem Falle, wo ein minor gegen eine Novation restituirt wird; dann wird dem Gläubiger die Klage gegen den durch die Novation befreiten Schuldner wiedergegeben — ausgenommen, wenn er gegen den minor dolos verfahren war. Dieser Fall ist aber gleichgestellt dem im Vorhergegangenen erwähnten: si postea minor intercessit. Wenn in diesem Falle der Gläubiger den minor dolos beredet hatte — non est s u c c u r r e n d u m creditori d. h. die Klage auf das Ganze gegen den Mitbürgen wird nicht r e s t i t u i r t. Also ist auch der Gegensatz des non succurrendum, nämlich das totum irrogandum est von der Restitution, vom Wiederaufleben einer zum T h e i l erloschenen Klage auf das Ganze gegen den Mitbürgen zu verstehen. Dieß setzt voraus, daß durch den nach-

herigen Zutritt des minor der Mitbürge ipso jure zur Hälfte befreit wurde, was nur bei der Theilung nach der lex Furia der Fall war. Eben darum ist unsre Stelle nicht etwa zu erklären mit Hülfe der Annahme, daß nur gleichzeitige Fidejussio das auxil. divis. begründe. Daß nun aber in dem Falle, wenn der minor gleich Anfangs sich mit verbürgte, der Mitbürge nur pro rata haften bliebe, troß der Restitution des Minderjährigen, das hat seinen Grund in der oben erwähnten praedictio. Wenn Titius im Vertrauen darauf, daß er zufolge jener praedictio nicht der einzige Bürge sei, intercedirte und wenn er die Minderjährigkeit des Andern nicht kannte oder doch glauben durfte, es werde keine Restitution Platz greifen, so fordert die Rücksicht auf den Mitbürgen, daß dem Gläubiger die Restitution des verlorenen Theils seiner Klage verweigert werde. — Anders mußte im princ. hinsichtlich der Frau entschieden werden. Die Rücksicht auf diese als Mitbürgin konnte den Titius nicht zur Intercession bewogen haben oder er mußte sich doch sagen, daß ihn diese Frau nicht von der Haftung in solidum befreien werde: cum scire potuerit aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere.

Nur so, indem wir sowohl das princ. als §. 1. von der lex Furia und von dem Wiederaufleben des ipso jure erloschenen Theils einer Klage verstehen, erklärt sich die Rücksicht auf entschuldbaren oder unentschuldbaren Irrthum, die in beiden Entscheidungen hervorgehoben wird. —

Das im Bisherigen dargestellte Beneficium ist, um es kurz zusammenzufassen, dahin gerichtet, daß dem Bürgen eine Erleichterung gewährt werde, soweit als es ohne Nachtheil des Gläubigers zur Zeit, wo dieser klagt, geschehen kann. Daher kommen nur diejenigen Mitbürgen bei der Theilung in Betracht, die zur Zeit des Processes noch anwesend, noch juristisch verpflichtet und solvent sind. Eben deßhalb kann der

Bürge, welcher freiwillig (ebenso aber, wenn er im Proceß die exc. div. nicht vorschützt) das Ganze zahlt, nicht etwa die condictio indebiti auf das seinen Theil Übersteigende anstellen (l. 49. §. 1 D. h. t.), ja dem strengen Rechte nach müßte selbst der, welcher seinen Theil, d. h. dasjenige, was sich nachher zur Zeit des Processes als seine Rate herausstellt, schon freiwillig gezahlt hat, doch noch auf den Rest belangt werden und nur hinsichtlich dieses Restes die exc. div. vorschützen dürfen. Doch wird ihm, vorausgesetzt, daß wirklich das Gezahlte der jetzt klagbaren Rate gleichkommt — eine exceptio doli gegeben l. 51. §. 1 D. h. t. Dagegen ist es einerlei, ob der Mitbürge, hinsichtlich dessen die Theilung verlangt wird, gleichzeitig mit dem Beklagten und gemeinschaftlich mit ihm sich verbürgt hat [36]) oder ob er später hinzugetreten; denn nirgends ist in unsern Quellen darauf hingewiesen — und innre Gründe sprechen nicht dafür, daß das Beneficium auf gleichzeitig sich Verbürgende beschränkt sei — vielmehr spricht der Grundsatz dagegen, daß die Zeit der Litiscontestation allein entscheiden solle. —

Daß unser Beneficium wegfalle, wenn der Bürge darauf verzichtet hat, bedarf keines besondern Beweises. Hinsichtlich des Streites unter den ältern Praktikern, ob auch ein allgemeiner Verzicht, der nicht einmal auf alle Rechtswohlthaten „eines Bürgen" gestellt sei (sogenannte renunciatio generalissima) genüge, ob nicht wenigstens der specielle Verzicht auf ein Beneficium des Bürgen voranzustellen sei, gilt hier dasselbe, was bei dem ben. ordinis gesagt worden. Nur soviel mag als Resultat hier hervorgehoben werden, daß auch ein solcher Verzicht auf alle Rechtswohlthaten das Beneficium

36) Wie das Oberhofgericht zu Mannheim unrichtig in den (in dessen Jahrbüchern neue Folge X. S. 345 mitgetheilten) Motiven eines Erkenntnisses verlangt. — Ebenso Kritz Pand. R. I. 1. S. 178 f.

dann ausschließt, wenn dem Bürgen dasselbe vorher erklärt ist. —

Als ein Wegfallsgrund ist ferner schon im R. R. anerkannt das dolose Abläugnen der Verbürgung durch den Bürgen (inficiatio) l. 10. §. 1 D. h. t. Mit Beziehung auf unsern Proceß hat sich dieß in der Praxis dahin ausgebildet: der Bürge verliert das Beneficium divisionis, wenn er bei der speciellen Einlassung (nicht wenn er vor derselben oder außer Gericht, oder wenn er in Form der allgemeinen negativen Einlassung läugnet: „nego narrata ut narrantur," oder: „ich bin der Klage durchgehends nicht geständig") doloser Weise und direct läugnet, daß er sich verbürgt habe (nicht, wenn er behauptet „er wisse nicht, ob er [oder sein Erblasser] sich verbürgt habe, er habe es vergessen"). —

Ferner ist es als eine singuläre Bestimmung zu betrachten, daß die Theilung in Folge unsres Beneficiums nicht beansprucht werden darf von mehreren Bürgen eines Vormunds, die derselbe dem Pupillen bestellt hat. Doch gilt dieß nur für den Fall, daß der Pupill selbst klagt — nicht auch Andern gegenüber, die dieses Recht desselben geltend machen. Der Satz wird ausgesprochen von Papinian in l. 12 D. 46. 6 und als Grund angeführt: pupillo agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis injuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos judices constituerentur. Eben dieser Grund paßt aber nicht, wenn nach Beendigung der Vormundschaft eine novatio mit den Bürgen geschlossen wird. Von einem solchen Falle handelt Papinian in l. 7 D. 27. 7. —

Mit Unrecht hat man jedoch früher auch der eidlichen Verbürgung die Wirkung beilegen wollen, daß sie das Beneficium divisionis ausschlösse. Es könnte diese Behauptung hier viel-

leicht noch mehr Schein haben, als beim Beneficium excussionis, weil man glauben könnte, das auxilium divisionis zwecke dahin ab, die Haftung des Bürgen zu verringern, statt des Ganzen den Theil zu substituiren. Nun müßte allerdings eine eidliche Verbürgung den Gläubiger gegen derartige Ausflüchte schützen, die ihm Schaden, Schmälerung seines Rechts drohten. — Allein, wie oben schon gesagt wurde, unser Beneficium hat neben dem Vortheil des Bürgen den des Gläubigers dergestalt im Auge, daß ihm nicht der mindeste Nachtheil dadurch zugefügt werden soll. Ueberhaupt aber soll der Eid nach der später herrschend gewordnen Ansicht der Praxis nur die Wirkung haben, daß es das Geschäft in seinem Bestehen sichert, dessen Gültigkeit außer Zweifel setzt, nicht aber soll er abändernd wirken (sequitur naturam negotii). —

§. 33.

Ein drittes Beneficium der Bürgen soll nach der gewöhnlichen Lehre darin bestehen, daß der Bürge nicht eher zu zahlen brauche, als bis ihm der Gläubiger die Klagen, die ihm gegen den Hauptschuldner zustehen, cedirt habe. Der Gläubiger sei hierzu unbedingt verpflichtet. Könne er daher keine Klage oder doch keine wirksame Klage mehr cediren (weil er sie verloren oder derselben eine Einrede des Hauptschuldners entgegenstehe), so habe der Bürge in Folge jenes Beneficiums eine peremtorische Einrede gegen den Gläubiger.

Die Quellenzeugnisse, auf welche man sich für diese Lehre zu berufen pflegt, sind

1) l. 95. §. 11 D. de solut. (46. 3), eine Stelle, in welcher bloß vom mandator die Rede ist. Niemand aber wird heutzutage behaupten, daß die Grundsätze des Römischen Rechts über das mandatum ohne Weiteres auf die fidejussio ausgedehnt werden dürften.

2) l. 17. l. 36 D. de fidej. In diesen beiden Stellen ist allerdings vom Fidejussor gesagt, daß er auf Cession der Klage dringen könne; aber mit keiner Sylbe ist angedeutet, daß diese Verpflichtung des Gläubigers auch bestehen solle, wenn er selbst keine wirksame Klage mehr habe; zunächst müssen wir den regelmäßigen Fall, daß nämlich der Gläubiger in den dort besprochnen Fällen die Klage noch hatte, voraussetzen. — Dieß ist auch in der zweiten Stelle ganz klar, denn dort handelt es sich ja darum, ob der Gläubiger die Klage nicht etwa durch die Zahlung des Bürgen verloren habe, er muß sie also doch zur Zeit der Zahlung noch gehabt haben. — Um eine unbedingte Pflicht des Gläubigers, zu cediren, im Römischen Rechte anzunehmen, müßten wir eine daraus entspringende Einrede des Bürgen von solcher Wirkung erwähnt finden. Zwar wird dem belangten Correalschuldner ein exceptio doli gegen den Gläubiger gegeben, damit dieser ihm die Klage gegen die Andern cedire (z. B. l. 65 D. de evict.) und ebenso mag auch dem Bürgen eine solche exceptio doli zugestanden haben. Allein der dolus besteht in diesem Falle nur darin, daß der Gläubiger, obgleich er die Klage noch hat und obgleich sie ihm Nichts mehr helfen wird, wenn der Bürge zahlt, daß er sie trotzdem nicht cediren will. —

Man wird jedoch vergebens nach einer exceptio im Sinne unsrer Juristen suchen. Es lassen sich im Gegentheile entschiedne Zeugnisse für das Nichtvorhandensein einer solchen Einrede aufführen, wovon unten. — Unter solchen Umständen können auch die Schlußworte von Nov. 4 c. 1: actionibus — a creditore sibi cessis Nichts beweisen; denn daß hierdurch etwas Neues habe eingeführt werden sollen, wird Niemand zu behaupten wagen. Der Sinn dieser Worte bestimmt sich also nach dem Pandektenrechte und muß aus diesem seine Erklärung erhalten.

Demnach würde es schon eine grundlose Behauptung sein, daß im Römischen Rechte der Gläubiger **unbedingt** zur Cession verpflichtet sei, auch wenn das ebenangeführte Material allein die Grundlage für Entscheidung unsrer Frage bildete.

Zum Glück aber besitzen wir, wie gesagt, ganz entscheidende Zeugnisse, daß eine solche Auffassung dem Röm. Rechte völlig fremd gewesen. Freilich müssen wir dabei zwei Seiten unsrer Frage trennen. Jene Exceptio würde nach der herrschenden Lehre dem Gläubiger entgegenstehen, sowohl wenn seine Klage ipso jure aufgehoben, als wenn sie durch eine exceptio entkräftet ist. Der erstre Fall ist aber von jeher nicht hierher gezogen worden, weil man alsdann den Bürgen schon wegen Untergangs der Hauptschuld für befreit erklärte. Diese Seite unsrer Frage wird daher auch von den Römischen Juristen nicht berührt. Das praktische Interesse derselben ist dasselbe, wie das des oben erwähnten Satzes. Wir beschränken uns daher auf den andern Fall: Entkräftung der Klage durch eine exceptio. Die Resultate, die sich hierüber ergeben werden, müssen auch für den ersten Fall gelten, und nur auf einem andern Wege kann man hier Befreiung des Bürgen zu rechtfertigen versuchen.

Jene oben erwähnten Quellenzeugnisse sind enthalten

1) in l. 22. und 32 D. de pactis,

2) in l. 23 eod. l. 15 (16). §. 1 D. de fidej.

In den beiden ersten Stellen heißt es, ein pactum de non petendo in personam mit dem Hauptschuldner helfe dem Bürgen Nichts und auch ein pactum in rem nur wenn der Letztre gegen jenen im Regreßverhältnisse stehe. In den beiden andern Stellen wird entschieden, ein pactum de n. p. mit einem Bürgen komme dem Mitbürgen nicht zu Gute.

Eine Vereinigung dieser Stellen mit der herrschenden Lehre wird man vergeblich versuchen. Die Italienischen Rechtslehrer waren wenigstens noch so gewissenhaft, diese Stellen zu be-

rücksichtigen; freilich aber waren es die willkührlichsten Voraussetzungen, die sie in dieselbe hineintrugen [37]), um sie zu beseitigen. Die Spätern hingegen fanden es bequemer, dergleichen entgegenstehende Entscheidungen ganz zu ignoriren und so hat die alte Lehre selbst in die neuesten Lehrbücher Eingang gefunden. —

§. 34.

Das Resultat des Bisherigen besteht in dem Satze: Nach Römischen Rechte konnte die Cession der Klage sowohl gegen den Hauptschulder als gegen den Mitbürgen nur unter der Voraussetzung vom Gläubiger verlangt werden, daß dieser eine solche Klage noch hatte; auch der verschuldete Verlust derselben befreite ihn von der Cessionspflicht, gab also dem Bürgen keineswegs eine peremtorische Einrede. —

Es wäre jedoch denkbar, daß man die herrschende Lehre zu rechtfertigen suchte

1) indem man sich auf ein Gewohnheitsrecht beriefe; denn allerdings wurde jene Ansicht schon sehr frühe aufgestellt [38]) und es könnte scheinen als ob sie ohne Anfechtung bis in die neueste Zeit in Geltung geblieben wäre. Allein es ist oben [39]) darauf aufmerksam gemacht worden, wie schon seit dem 16ten Jahrhunderte jene peremtorische Wirkung der exceptio cedendarum actionum in Verbindung gebracht wird mit dem beneficium excussionis. Man würde daher die Praxis ganz falsch deuten, wenn man von ihrer Auctorität Gebrauch machen wollte, für die herrschende Lehre, sofern sie eine unbedingte Cessionspflicht des Gläubigers annimmt. Man könnte aber auch

37) S. oben S. 212 f.

38) S. B. II. §. 19.

39) B. II. §. 27.

2) fragen, ob wir nicht vom heutigen Rechtsstandpunkte aus weiter gehen müßten, als die Römischen Juristen? Müßten wir es nicht als dolus des Gläubigers ansehen, wenn er nach verschuldetem Verlust der Klage gegen den Hauptschuldner doch noch den Bürgen belangen wollte, der doch keinen Vortheil aus dem Geschäfte gehabt? — Man könnte dieß doch nur behaupten wollen hinsichtlich der Klage gegen den Hauptschuldner und zwar aus Rücksicht auf die Intercessionsqualität der Bürgschaft. Wollte man es auch für Mitbürgen behaupten, so müßte man auch für alle Correalschuldner den Satz annehmen, daß jeder verschuldete Verlust der Klage (oder doch ihrer Wirksamkeit) gegen den einen Correalschuldner die Andern befreie.

In erster Beziehung (auf den Hauptschuldner) steht jedoch einer solchen Anwendung der exceptio doli (denn die exc. ced. act. war nur eine Species der exc. doli) entgegen, 1) daß schon nach Pandektenrecht kein dringendes Bedürfniß vorlag, welches sie gerechtfertigt hätte. Der dolus müßte nämlich hier etwa darin bestehen, daß der Gläubiger dem Bürgen durch seine Schuld den Regreß entzogen hätte und also in seiner Klage einen reinen Verlust, Schaden des Bürgen beabsichtigte. Dieß könnte aber nur bei dem Bürgen gesagt werden, der sich donandi animo verbürgt hätte, der von Anfang keinen Regreß verlangt — jedem andern Bürgen bliebe ja immer noch sein Regreß durch a. mandati oder negot. gestorum offen. Jener aber, der sich donandi animo verbürgt, kann eben deßhalb dem Gläubiger keinen dolus vorwerfen. Es war also schon nach Pandektenrecht weder ein Bedürfniß zu einer solchen exceptio doli vorhanden, noch würde sich die Annahme eines dolus in diesem Falle habe rechtfertigen lassen. Denn da hier kein unredlicher Gewinn vorliegt, so konnte das R. R., sofern es als dasjenige Rechtsmittel, wodurch der Gläubiger zur Cession der

Klagen gezwungen werden könne, die exceptio doli bezeichnete, unter dolus nur verstehen die Unbilligkeit, die dem Gläubiger dann vorgeworfen werden kann, wenn er dem Beklagten eine Unbilligkeit verweigert, deren Gewährung ihm kein Opfer kostet[40]). Dies setzt aber voraus, daß er die Klage noch hat. Dazu kommt aber, daß 2) durch Einführung des Beneficium excussionis die Eigenschaft des Bürgen als Intercedenten, um derentwillen man ihm durch jene exceptio doli helfen wollte, ihre vollständige Berücksichtigung gefunden hat, da, wie oben erwähnt und weiterhin (in folg. Kap.) ausführlicher nachzuweisen ist, dem Gläubiger die exc. excussionis in allen den Fällen peremtorisch entgegensteht, wo er die (factische oder juristische) Unmöglichkeit, von dem Hauptschuldner das Seinige zu erlangen, selbst verschuldet hat.

Was nun aber endlich 3) eine etwa zu wünschende Fortbildung des Römischen Rechts durch unsre Wissenschaft anlangt, es ist in der That nicht einzusehen, worin unser heutiger Rechtsstandpunkt eine größre Rechtfertigung oder gar eine Nothwendigkeit für einen solchen Schritt enthalte. Dieselben Gründe, welche die Pandektenjuristen abhielten, eine exceptio dol. zu solchem Zwecke anzunehmen, stehen noch jetzt dem entgegen. Daß der Gläubiger den Bürgen belangt, obgleich er keinen Regreß nach seiner Zahlung haben wird (was nur bei einer fidejussio donandi animo vorkommen kann, denn in allen übrigen Fällen hat der Bürge die actio mandati oder neg. gestorum), das hat seinen Grund doch offenbar in der Absicht, zu dem Seinigen zu gelangen; einen dolus gegen den

---

4) Treffend bemerkt daher v. Savigny Oblig. R. I. S. 242 Not. 9 über die exceptio doli, durch welche der eine Correalschuldner die Cession der Klage gegen die übrigen erzwingen kann: „Der dolus besteht hier nur darin, daß der Kläger sich weigert, den billigen Anspruch des Beklagten gegen einen Dritten durch eine Handlung zu unterstützen, wobei er selbst keinen Nachtheil leidet."

Bürgen hier zu präsumiren ist nicht der mindeste Anlaß vorhanden, abgesehen von dem Falle, wo der Gläubiger aus dolus den Verlust seiner Hauptklage veranlaßt hat. Der Bürge mag selbst für seinen Regreß sorgen — durch Mandat oder negotiorum gestio; wie soll der Gläubiger verpflichtet sein, dieß im Auge zu behalten und ihm zu helfen?

Also muß auch das heutige Recht die exc. cedendarum actionum in der oben angegebenen Weise (wie es das Pandektenrecht gethan) beschränken. In dieser Beschränkung wird es im 7ten Kap. näher betrachtet werden.

Nur im Falle des s. g. mandatum qualificatum läßt sich als Wirkung des Mandats behaupten, daß der mandator nicht mehr hafte, wenn der Gläubiger durch seine Schuld die Klage verloren hat (was er durch ein exc. non impleti contractus geltend machen kann). Davon unten bei der Lehre vom mandatum qualificatum. —

Dagegen kann zum Schlusse dieses Kapitels ein Rechtsmittel nicht unberührt bleiben, welches freilich dem Bürgen nicht eigenthümlich ist, aber doch gerade in Beziehung auf die eben erwähnten Rechtswohlthaten von Wichtigkeit ist und welches auch gerade für den Bürgen zuerst eingeführt wurde. Es ist die s. g. provocatio ex l. si contendat. Auf Grund der mißverstandnen l. 28 D. de fid. hat sich gewohnheitsrechtlich [41]) ein Rechtsmittel ausgebildet, wodurch der Bürge sich sowohl das Beneficium divisionis (auf dieses wurde es zuerst angewandt), als das Ben. ordinis sichern kann. Am Wichtig-

41) Vgl. oben S. 215. 249 f. — Die Worte: etiam exceptionem ei dandam in l. 28 cit. sollen heißen: Wenn die Sache nicht schon in jure abgemacht wird, sei es durch sofortigen Beweis des Bürgen, daß die Andern solvent seien, oder durch Bestellung einer Caution, so kommt zwar vor den judex die Klage auf das Ganze, aber es wird in die Formel die exceptio („si non et illi solvendo sint“) gesetzt — es ist dieß also ein dritter Weg, daher das „etiam.“ —

sten ist es für das Erstre; da nur diejenigen Mitbürgen bei der Theilung in Betracht kommen, die zur Zeit, wo von der exc. divisionis Gebrauch gemacht wird, anwesend und zahlungsfähig sind, so ist gerade hier für jeden Bürgen von der größten Wichtigkeit, bei drohender Insolvenz eines oder mehrerer Mitbürgen oder vorauszusehender Abwesenheit derselben, den jetzigen Zustand festzuhalten, so als wenn der Gläubiger jetzt klagte. Dazu dient jene provocatio; sie soll den Gläubiger zur Klage gegen den Bürgen zwingen, der nun Gelegenheit bekommt, die exc. divisionis vorzuschützen; klagt der Gläubiger nicht, so wird die exc. divisionis zur perpetua.

Weniger Interesse hat unser Rechtsmittel hinsichtlich des Beneficium excussionis. Denn wenn die oben erwähnten Fälle, wo dasselbe wegfällt, vorauszusehen sind, so wird auch schon den Gläubiger Nachlässigkeit vorgeworfen werden können und so der Bürge schon gesichert sein. Allein von Nutzen wird es immer bleiben, den Beweis der Nachlässigkeit zu vermeiden und darum ist es zweckmäßiger in solchen Fällen sich der genannten provocatio zu bedienen. Auch hier aber geht dieselbe nur darauf, den Gläubiger zur Klage gegen den Bürgen zu zwingen oder im Fall dieß nicht geschieht die exc. ordinis für eine perpetua zu erklären.

Sechstes Kapitel.

Befreiung des Bürgen.

---

§. 35.

Bei der Frage, wie die Bürgschaft erlösche oder aus welchen Gründen der Bürge befreit werde, kommt es wie bei keiner andern darauf an, jeden dieser Befreiungsgründe auf sein eigenthümliches Princip zurückzuführen. Im Allgemeinen lassen sich 4 Hauptklassen für diese Aufhebungsgründe feststellen.

Die erste umfaßt diejenigen Ereignisse, welche die Bürgschaft schon aus allgemeinen Principien des Obligationenrechts aufheben müssen; hierbei kommt die Bürgschaft in Betracht ganz unabhängig von ihrem Bezuge auf die Hauptschuld. Diese Aufhebungsgründe hat die Bürgschaft mit allen Obligationen gemein. Die zweite enthält die Aufhebungsgründe, welche für die Obligation des Bürgen gelten wegen ihres Correalverhältnisses zu der Hauptschuld. Diese Erlöschungsgründe hat die Bürgschaft gemein mit allen Correalobligationen. Die dritte umfaßt alle diejenigen, die der Bürgschaft eigenthümlich sind.

Im Gegensatze zu diesen drei Klassen, welche stets und regelmäßig eintreten, läßt sich noch eine vierte Klasse, nämlich derjenigen Aufhebungsgründe unterscheiden, welche nur zufällig wegen des Regreßverhältnisses Platz greifen können. Auch diese

Klasse hat die Bürgschaft gemeinsam mit andern Obligationen, z. B. auch mit allen principalen Correalschuldnern.

Die Fälle der ersten Klasse bedürfen keiner Aufzählung, noch weniger einer besondern Erörterung, eben weil hierüber keine eigenthümlichen Grundsätze für die Bürgschaft gelten. Diejenigen, welche die Verjährung der Klage als einen Grund gänzlicher Befreiung des Schuldners betrachten, müssen auch die Verjährung der Bürgschaftsklage hierher zählen (über den Einfluß der Verjährung der Hauptklage s. unten). Auch hinsichtlich dieser Verjährung ist nichts Besonderes zu bemerken, wenn auf das Beneficium excussionis verzichtet ist. Ist dagegen nicht verzichtet, so haben manche Aeltere (Schmid c. l. §. 194.) angenommen, die Verjährung gegen den Bürgen könne erst nach geschehener Excussion des Hauptschuldners zu laufen anfangen. — Diese Ansicht muß verworfen werden; nach der jetzt anerkannten [1]) richtigen Meinung ist die Nichtbefriedigung durch den Bürgen seit der Interpellation oder seit Eintritt des Zahlungstermin's ein Zustand, der dem Rechte des Gläubigers widerspricht und denselben zur Klage auffordert. Daß ihm die exceptio excussionis entgegengesetzt werden könnte, ändert daran Nichts. Die Nichtbeseitigung derselben gehört schon mit zu den Nachlässigkeiten des Gläubigers, deren aufeinander folgende Reihe die Wirkung der Verjährung hervorbringt. Hat freilich der Gläubiger die Verjährung des Hauptschuldners unterbrochen, so wirkt dieß auch gegen den Bürgen nach den Grundsätzen über Correalschuldner (c. 5. C. de duob. reis). — Nur darüber könnte gestritten werden, ob auch der Untergang des Gegenstandes der Hauptschuld hierher gehöre. Daß der, welcher sich für eine auf Leistung einer species gerichtete Obligation verbürgt, durch Untergang derselben befreit werde, hat man herleiten wollen aus dem accessorischen Verhältniß zur Hauptschuld.

1) S. Kierulff Theorie S. 197 f. und v. Savigny System V. S. 289 f.

Denn, hat man gesagt, die Lieferung der individuell bestimmten Sache sei dem Bürgen gewiß in den meisten Fällen unmöglich, namentlich dann, wenn der Hauptschuldner eine ihm gehörige species zu liefern verspreche. Darum sei nach der Absicht der Parteien nicht eigentlich diese species, sondern deren aestimatio als Object der Bürgschaftsverbindlichkeit anzusehen und die Zahlung dieser aestimatio sei doch durch Untergang der species nicht unmöglich geworden. Daraus folge, daß die Befreiung des Bürgen in diesem Falle lediglich aus der accessorischen Natur der Bürgschaft, aus dem Satze, daß derselbe mit Untergang der Hauptschuld erlösche, herzuleiten sei [2]). Nach dieser Auffassung würde der vorliegende Fall unter die dritte Klasse zu zählen sein.

Allein diese Annahme muß zunächst schon vom römischrechtlichen Standpunkte aus ganz entschieden verworfen werden. Das Röm. Recht stellt ja gerade Identität des Gegenstandes für Hauptschuld und Fidejussio als wesentliches Erforderniß der letztern auf. Eine fidejussio in aliam rem erklärt es für durchaus unzulässig. Also müssen wir wenigstens für die Befreiung des Fidejussor's behaupten, sie beruhe darauf, daß das Object seiner Bürgschaftsverbindlichkeit untergegangen ist.

Man könnte jedoch entgegnen, dieß habe mit der Stipulationsform der Fidejussio zusammengehangen. Bei unsrer heutigen Bürgschaft, die auch auf alia res gestellt werden dürfe, müßten wir — wie es etwa die Römer beim constitutum gethan hätten — auf den stillschweigenden Willen der Parteien sehen. Dieser aber gehe bei einer Bürgschaft für eine auf eine species gerichtete Obligation nicht auf die species, sondern auf die Aestimation.

---

2) Wolff, zur Lehre von der Mora, Gött. 1841. W. will auf diese Weise erklären, weßhalb der Bürge für die Mora des Hauptschuldners hafte.

Hierauf ist zu erwiedern, daß einer derartigen Argumentation eine Verwechslung des Factischen mit dem Rechtlichen zu Grunde liegen. Da es nicht von vornherein als absolute Unmöglichkeit hingestellt werden kann, der Bürge könne in die Lage kommen, die individuelle Sache selbst zu geben, so können wohl vielleicht die Parteien als das Wahrscheinlichere annehmen, der Bürge werde nicht die Sache, sondern nur ihren Werth zu leisten im Stande sein, das Recht aber hat keinen genügenden Grund, diese Absicht den Parteien unterzulegen. Es darf zu einer solchen Präsumtion schon deßhalb nicht schreiten, weil dadurch das Verhältniß ganz wesentlich und zwar gegen die Natur der Sache und die muthmaßliche Absicht der Parteien umgestaltet würde. Denn danach könnte der Bürge nicht zur Leistung der species gezwungen werden, wenn sie etwa doch in seine Hände käme. Wollte das Recht eine alternative Obligation, wobei der Bürge die Wahl hätte, annehmen, so würde dasselbe Resultat sich ergeben [3]). Jedenfalls hat das positive Recht keinen dieser Sätze aufgenommen, auch das heutige Recht nicht und darin eben liegt der Beweis, daß auch vom heutigen Standpunkte aus die fragliche Präsumtion als juristisch verwerflich erscheinen muß. — Wie die Bürg-

3) Sollte der Gläubiger die Wahl haben, so könnte das entweder heißen: der Bürge soll sich nicht durch Leistung der species (wenn diese ihm möglich wird) befreien können — dieß wäre gleichfalls der Intention des Vertrags widersprechend — oder: man wollte dem Bürgen dieses Recht einräumen mit Rücksicht auf den Satz, daß jede Aufhebung der Hauptschuld den Bürgen befreie (welcher Satz unten geprüft werden wird); dann aber könnte man nicht sagen, die Bürgschaft sei alternativ, der Gläubiger habe die Wahl; denn das ist natürlich bei jeder Bürgschaft, wie bei jeder Obligation zulässig, daß Gläubiger und Bürge sich über einen andern Gegenstand der Zahlung einigen. Denn zur Leistung der aestimatio könnte es nur bei Uebereinstimmung beider Parteien kommen. —

schaft in aliam rem zu beurtheilen sei, davon ist oben (Kap. 3) die Rede gewesen. —

Die zweite Klasse der Aufhebungsgründe beruht auf dem Correalverhältniß zwischen Hauptschuld und Bürgschaft und zwischen den Obligationen mehrerer Mitbürgen; es gehören dahin gewisse Ereignisse, welche zunächst nur die Hauptschuld oder die Verbindlichkeit eines Mitbürgen aufheben, zugleich aber wegen jenes engen Zusammenhanges auch den Bürgen befreien. Diese Befreiungsgründe hat also der Bürge gemein mit jedem, auch dem principalen Correalschuldner. Die einzelnen hierher gehörigen Fälle, welche das Römische Recht aufzählt, sind die Aufhebungen der Hauptschuld oder der Verbindlichkeit eines Mitbürgen auf einem Wege, der der Zahlung gleichsteht (denn die Zahlung selbst gehört in die erste Klasse) — also durchgesetzte Compensation und datio in solutum.

Ferner Novation, Acceptation und Eid sofern durch eines dieser drei Ereignisse die Hauptschuld oder die Obligation des Mitbürgen erlischt[4]). Die Grundsätze über diese Arten des Untergangs aufzustellen, ist hier freilich nicht der Ort, da über dieselben nichts Eigenthümliches für die Bürgschaft gilt. Auch das brauchte eben darum hier nicht erörtert zu werden, ob diese römischrechtlichen Erlöschungsgründe im heutigen Rechte noch Geltung zu beanspruchen haben, ob insbesondre das heutige Recht ein der acceptilatio entsprechendes Institut habe. Da jedoch selbst in der neuesten Zeit diese Frage eine sehr bestrittne zu sein scheint[5]), so dürften einige kurze Andeutungen hierüber vielleicht nicht am unrechten Orte sein.

---

4) Nach Pandektenrechte gehört auch die Litiscontestation mit Hauptschuldner oder Mitbürgen hierher. Dieß wurde jedoch von Justinian aufgehoben. — S. B. I. Kap. 7. S. 112 und vgl. auch oben Kap. 4. §. 19.

5) Vgl. v. Vangerow Leitf. III. S. 99. v. Savigny Obl. R. I. S. 178.

Wir haben zwar keine acceptilatio der Form nach, aber ein dem Wesen und darum den Wirkungen nach derselben entsprechendes Institut, nämlich den Erlaß- oder Nachlaßvertrag. Dieser entspricht keineswegs dem pactum de non petendo, man darf seine Wirksamkeit daher auch nicht in Zusammenhang bringen mit der Klagbarkeit der pacta nach heutigem Rechte. Denn die Römer würden auch einer Stipulation mit dem Inhalte eines pactum de non petendo die Wirkung der acceptilatio gewiß nicht beigelegt haben. Unser Erlaßvertrag trägt den Charakter eines Verzichts in sich und wirkt als solcher für Alle, welche in das durch Verzicht aufgegebne Obligationsverhältniß eintreten sollten. Freilich muß ein solcher Verzicht, um den Bürgen zu befreien, dem Hauptschuldner gegenüber erklärt sein. Er kann zwar auch in diesem Falle bloß dessen subjective Verbindlichkeit aufheben, wenn er nur auf diese gerichtet ist; aber gegen diese Intention streitet die Präsumtion. Hingegen dem Mitbürgen gegenüber ist ein solcher Verzicht umgekehrt der Regel nach als bloße Aufhebung der subjectiven Haftung des Mitbürgen aufzufassen [6]). Ein derartiger Verzicht kann nun freilich auch in dem Versprechen, nicht klagen, das Recht nicht geltend machen zu wollen, liegen, aber dann beruht die Befreiung des Bürgen nicht auf jenem Versprechen als Versprechen, sondern auf dem stillschweigend darin ausgesprochnen Verzichte.

Die Frage, warum das Römische Recht keinen formlosen Verzicht in dieser — um es so zu nennen — objectiven Wirkung gekannt, beantwortet sich wohl einfach damit, daß dazu kein Bedürfniß vorlag, vielmehr ist es im Gegentheil ein Vorzug für ein Recht, wenn es ein Institut wie die acceptilatio besitzt, wodurch aller Zweifel über den Umfang der be-

6) Nur beim fidejussor in rem suam wird das Gegentheil angenommen, l. 24 D. 2. 14.

absichtigten Wirkung ausgeschlossen wird. Zudem war ein Hauptfall, wo ein solcher Verzicht etwa Bedürfniß hätte sein können, der schenkungsweise Erlaß, durch die lex Cincia für unzulässig erklärt [7]). Uebrigens dürfen wir wohl das justum pactum, wodurch eine naturalis obligatio aufgehoben wird (ipso jure) als einen formlosen Verzicht (verschieden vom pactum de non petendo) — entsprechend unserm Erlaßvertrag [8]) — ansehen (l. 95. §. 4. D. de sol.).

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß die Argumentation: Weil die Römer auch einer auf non petere gerichteten Stipulation die Wirkung der acceptilatio versagt haben würden, so könne auch unser heutiger Erlaßvertrag, durch die Klagbarkeit aller pacta diese Wirkung nicht bekommen haben, zwar richtig ist, aber das Ziel verfehlt, da diese Wirkung auch anderswo her, als aus der Klagbarkeit formloser obligatorischer Verträge abgeleitet werden kann — nämlich aus der rechtlichen Wirksamkeit formloser nicht obligatorischer Verträge im heutigen Rechte. —

Die dritte Klasse umfaßt die der Bürgschaft allein angehörigen Gründe des Untergangs. Diese beruhen zunächst auf dem Beneficium excussionis [9]). Es ist jedoch eine althergebrachte Lehre, daß auch aus dem accessorischen Verhältnisse zur Hauptschuld besondre Befreiungsgründe hervorgehen müßten, weil der Untergang der Hauptschuld, gleichviel, von welcher Art dieser Untergang sei, ohne Ausnahme die Aufhebung der Bürgschaft zur Folge haben müsse. Dann wäre also auch diese dritte Klasse einzutheilen, je nachdem die Natur der Bürgschaft selbst oder eine singuläre Rechtsbestimmung die Befreiung des Bürgen herbeiführten. —

7) Puchta Instit. II. §. 206.

8) Daher wurde auch durch ein solches justum pactum mit dem Naturalschuldner dessen Bürge ipso jure befreit (l. 95. §. 4. cit.).

9) Da dieses auch dem Mandator zusteht, so ist die Befreiung in Folge desselben etwas der Bürgschaft im weitern Sinne Eigenthümliches.

§. 36.

1) In Folge des Benef. excussionis wird der Bürge befreit in allen Fällen, wo der Gläubiger zur Zeit, da er den Bürgen belangt, durch eigne Schuld außer Stande ist, von dem Hauptschuldner seine Forderung beizutreiben — sei es, daß er durch seine Schuld die Klage verloren (ipso jure oder ope exceptionis), oder daß sie wegen Insolvenz des Hauptschuldners (welcher der Gläubiger hätte zuvorkommen können) nicht zu seiner Befriedigung führen kann. In diesen Fällen ist nämlich die exceplio excussionis keine dilatorische, sondern eine peremtorische Einrede.

Der Grund hiervon liegt in der Bedingtheit, welche der Bürge durch Vorschützen des Beneficiums seiner Bürgschaftsverbindlichkeit verleihen kann. Das Recht hierzu ist ihm in Nov. 4 verliehen; darin besteht ja eben sein Beneficium. Er kann sagen: ich hafte nur: si non valuerit creditor a debitore recipere aut in partem aut in totum. — Diese Bedingung ist nicht eingetreten und kann auch nicht mehr eintreten. Denn wenn er zu irgend einer Zeit schon im Stande war, seine Befriedigung zu erlangen, so kann er künftig nie sagen, daß er ohne seine Schuld die Befriedigung entbehre.

Man hat in neuerer Zeit die Befreiung des Bürgen wegen Nachlässigkeit des Gläubigers in Ausklagung der Hauptschuld geläugnet, weil der Gläubiger dem Bürgen zu keinerlei diligentia verpflichtet sei[10]). Allein hier ist ja gar nicht die Rede von den Modificationen, welche eine Obligation durch dolus oder culpa erleidet, sondern von dem einfachen Satze, daß, wer verlangen kann, daß seine Verpflichtung als bedingte aufgefaßt werde, daß der auch die Abweisung der aus dieser Verpflichtung vor Eintritt der Bedingung angestellten Klage fordern darf. —

10) Jäger in Gieß. Zeitschr. V. S. 234 ff.

Man hat ferner geglaubt, die Ansicht, daß der Bürge in diesem Falle befreit werde, vollständig zu widerlegen, wenn man nachweise, daß ein Grund dieser Ansicht, der nämlich, den man hergenommen hatte aus den Worten der Nov. 4: „neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit“ (wobei ein Komma hinter debitoris steht, dieses also mit negligens verbunden werden sollte) unhaltbar sei. Damit ist aber doch nur der eine Grund beseitigt — nicht der eben hervorgehobne, welcher in der Natur dieses Beneficium's beruht. —

Weit scheinbarer würde dagegen der Einwand gewesen sein, jene Bedingtheit der Bürgschaft, auf welche wir unsre Behauptung gestützt haben, könne doch erst in der Zeit angenommen werden, wo der Bürge sein Beneficium vorschützt, d. h. die bedingte Behandlung verlangt. Also nur wenn der Gläubiger überhaupt zur Vorausklage gezwungen werde und nachher eine Nachlässigkeit sich zu Schulden kommen lasse, könne sich der Bürge darauf berufen und werde dadurch befreit. Sei aber der Hauptschuldner schon zu der Zeit, wo der Bürge belangt wird, insolvent (wenn auch dabei eine Nachlässigkeit des Gläubigers vorliege), so könne überhaupt kein Gebrauch vom Beneficium excussionis gemacht werden.

Gegen diese an sich denkbare Gestaltung des Beneficium excussionis spricht jedoch eine unbefangne Betrachtung der ganzen Fassung unsrer Novelle. Justinian wendet sich gegen den Gläubiger und schreibt demselben vor, er solle den Bürgen nicht eher belangen, bevor er Alles gethan, um von dem Hauptschuldner seine Zahlung zu bekommen, ganz als ob er von einem sog. fidejussor indemnitatis spräche. Daß diese Vorschrift erst auf Antrag des Bürgen in Anwendung kommen kann, ändert Nichts. Als Sinn der Nov. 4 müssen wir, mit Rücksicht auf diese Gestalt, die ihr durch die Praxis zu Theil geworden, annehmen, zwar nur auf Antrag des Bürgen solle die Vorschrift

der Nov. 4 in Anwendung kommen, aber unter dieser Voraussetzung dann so, als sei gleich bei Eingehung der Bürgschaft kein Zweifel über ihre Anwendung gewesen. Der Bürge verlangt, daß er gleich von Anfang an als nur bedingt verpflichtet hätte angesehen werden sollen.

Diese Auffassung ist übrigens von jeher in Theorie und Praxis die herrschende gewesen [11]). Das Gegentheil darf man nicht etwa aus der Gestattung der provocatio ex l. si contendat schließen. Diese wurde auf unsern Fall nur ausgedehnt und sie bietet auch neben jener Auffassung noch den Vortheil, daß so der Beweis der Nachlässigkeit wegfällt. Der Zweifel rücksichtlich der dem Hauptschuldner verlängerten Zahlungsfrist (s. u.) erklärt sich aus Verwechslung und Vermischung dieses Falls mit wesentlich verschiednen, worüber unten. Vgl. oben S. 475.

Es sollen jetzt noch einige Anwendungen dieses Princips für concrete Fälle besprochen werden. Zunächst kommt der Fall in Betracht, wo der Gläubiger seine Nichtbefriedigung durch Nachlässigkeit verschuldet hat. Hier muß aber sofort ein Fall als nicht hierher gehörig bezeichnet werden, den man gerade in neuester Zeit mehrfach ganz unrichtig mit unserm Satze in Verbindung gebracht hat. Wenn ein Kassenbeamter einen Defect macht, kann alsdann sein Bürge behaupten, er sei befreit, weil der Kassenherr durch nachlässige Beaufsichtigung seiner Kasse sich den Verlust selbst zuzuschreiben und somit den Anspruch gegen den Bürgen verloren habe? —

Die Obligation, für welche der Bürge haften soll, ist hier nicht die Verpflichtung zu gewissenhafter Amtsführung, sondern die Obligation zum Ersatz angestifteten Schadens. Diese Obligation entsteht ja aber erst mit Eintritt des Defects. Bis dahin kann also auch nicht von einer Nachlässigkeit des Gläu-

11) Dieselbe lag nämlich der Ausbildung des sog. ben. cedendarum actionum zu Grunde; S. oben S. 248.

bigers in Beitreibung der Schuld die Rede sein. Wollte der Bürge die Nachlässigkeit für sich anführen, so müßte er sagen, seine Bürgschaft beziehe sich nur auf wirklichen, unverschuldeten Schaden. Also darüber könnte gestritten werden, ob überhaupt seine Bürgschaftsverbindlichkeit zur Existenz gekommen sei — nicht ob er befreit sei — denn bezieht sich seine Bürgschaft auch auf einen derartigen Defect — trotz der Nachlässigkeit des Kassenherrn — so kann ihn diese Nachlässigkeit auch nicht von der Haftung **befreien** (vgl. oben S. 389 f.).

Dagegen gehört allerdings hierher der Fall, wenn der Gläubiger dem Hauptschuldner, der zur Zeit der Fälligkeit vollkommen solvent ist, längere Frist gibt und während dieser Frist derselbe insolvent wird. Man war früher über diesen Fall zweifelhaft, weil man wesentlich verschiedne Fälle nicht von einander sonderte [12]).

In der That waren drei Fragen ganz scharf von einander zu unterscheiden. 1) Ist bei Verlängerung des Hauptcontracts, welche im Grunde im Hinzutreten eines neuen obligatorischen Verhältnisses besteht, der Bürge verpflichtet, auch für diese neue Obligation einzustehen? Diese Frage mußte verneint werden, sie gehört unter die Lehre von der **Bürgschaftseingehung**. 2) Wird der Bürge in diesem Falle von seiner

12) Man stellte nämlich auf der einen Seite die Behauptung auf, jede Verlängerung des Hauptcontracts befreie den Bürgen, wobei man z. B. die Verlängerung einer Miethe, eines Dienstverhältnisses vor Augen hatte. Da man hier von einem **Befreitwerden** (statt von einem **Nichtverpflichtetwerden**) des Bürgen sprach, so trug man auch kein Bedenken, dieselbe Wirkung jeder Verlängerung eines Zahlungstermins beizulegen. Ob der Schuldner nachher insolvent geworden, mußte als gleichgültig erscheinen. Durch dieses Extrem auf der einen Seite wurde man verleitet, auf der andern Seite zu behaupten, durch Verlängerung der Hauptschuld werde der Bürge nie befreit, wobei man nicht unterschied zwischen Zahlungstermin und dem Rechtsverhältnisse selbst. —

Haftung für die wirklich von ihm verbürgte Hauptschuld (bis zur Zeit der prorogatio) befreit? Hier könnte von einer Befreiung die Rede sein, die Frage ist aber ebenfalls zu verneinen. 3) Wird der Bürge durch Verlängerung des Zahlungstermins befreit? Durch die Verlängerung an sich wird er nicht befreit, denn es liegt darin keine novatio. Wohl aber kann er durch die nachher eintretende Insolvenz des Hauptschuldners in Verbindung mit dieser Fristgebung befreit werden, sofern sich die Nichtbefriedigung des Gläubigers dadurch als selbstverschuldet herausstellen kann.

Demnach ist es auch keineswegs nöthig, daß der Bürge den Gläubiger auffordre, den Hauptschuldner noch bei Zeiten auszuklagen, wenn nur der Gläubiger die Gefahr, der er seine Forderung aussetzt, wissen muß. Ebendeßhalb kann es freilich als Vorsichtsmaßregel empfohlen werden, den Gläubiger auf die Lage des Hauptschuldners aufmerksam zu machen, um so den Beweis einer Nachlässigkeit sich zu erleichtern. Dieser kann freilich dessenungeachtet noch schwierig sein und deßhalb behält die provocatio ex l. si contendat immer ihren Nutzen und erscheint keineswegs überflüssig neben der obigen Auffassung unserer Novelle 4.

Es ist jedoch nunmehr das bisher im Allgemeinen angegebne Princip näher zu bestimmen. Vor Allem bedarf einer solchen nähern Bestimmung: die Nachlässigkeit des Gläubigers. Von welcher Art muß diese sein, damit gesagt werden könne, das non valuit finde keine Anwendung und deßhalb stehe ihm die exc. excussionis entgegen? — Wenn wir dieses valere buchstäblich nehmen wollten, so würde das offenbar sehr zum Nachtheil des Gläubigers sein, ja es würde ihm unbilliger Weise eine übertriebene und unausgesetzte Aufmerksamkeit und Thätigkeit zugemuthet werden.

Zunächst muß ein Fall unter den Begriff dieses valere gestellt werden: wenn nämlich gegen den Hauptschuldner actio nata vorhanden ist, also eine Aufforderung zur Klage in dem Zustande des obligatorischen Verhältnisses, dann ist jede Zögerung als Nachlässigkeit zu betrachten, deren Folgen der Gläubiger zu tragen hat. Es kommen hier also alle Sätze über die Bedingungen der actio nata, wie sie bei der Verjährung gelten, zur Anwendung. Wir müssen aber noch weiter gehen und auch dann, wo die Nativität der Klage in der Hand des Gläubigers liegt, wo aber doch nach richtigen Grundsätzen die actio nicht nata ist, z. B. bei einem kündbaren Darlehn — wir müssen auch dann den Gläubiger verantwortlich machen, für die durch seine Zögerung herbeigeführte Fruchtlosigkeit der Vorausklage. Freilich ist dann nöthig, daß der Gläubiger den Eintritt z. B. der Insolvenz voraussehen mußte. Unter dieser Voraussetzung — aber auch nur unter dieser — kann er nicht sagen: non valui recipere etc. Deßhalb ist es vortheilhaft, durch eine provocatio ex l. si contendat den Beweis zu umgehen, daß der Gläubiger dieses Ereigniß habe vorhersehen müssen.

Das Bisherige gilt auch für die oben angeführten Fälle, wo eine größere Schwierigkeit der Vorausklage dieselbe unnöthig macht. Nur tritt, wie schon oben gesagt, in diesem Falle keine Befreiung des Bürgen ein. Um diese Verschiedenheit zu erklären ist es nöthig, hier auf den Grund einzugehen, weßhalb die Nachlässigkeit des Gläubigers bewirke, daß die exc. ordinis den Bürgen befreie.

Die Erklärung hiervon liegt einfach in Folgendem. Die Zögerung des Gläubigers bewirkt zunächst nur, daß die exceptio ordinis nicht ausgeschlossen wird, was außerdem der Fall sein würde. Diese Wirkung muß sich aber nach der Natur der verschiednen Fälle verschieden gestalten. Beanspruchte nämlich der Gläubiger den Ausschluß jener exceptio

bloß wegen Schwierigkeit der Vorausklage, z. B. wegen Abwesenheit des Hauptschuldners, so schadet ihm die Verweigerung dieses Anspruchs — also die Zulassung der exceptio — bloß darin, daß er den Hauptschuldner trotz der Schwierigkeit ausklagen muß.

Verlangt er dagegen die sofortige Ausklagung des Bürgen aus einem der hier in Frage kommenden Gründe, so hat die Fruchtlosigkeit dieses Verlangens (wegen Nachlässigkeit) die Befreiung des Bürgen zur Folge, weil entweder die Ausklagung des Hauptschuldners gar nicht vorgenommen werden kann wegen Verlust der Klage oder weil die Excussion nur das noch feststellen würde, was der Gläubiger bereits bei seiner Klage gegen den Bürgen als Grund für den Wegfall des Beneficium excussionis angeführt hatte, z. B. die Insolvenz des Hauptschuldners. Dasjenige, was der Bürge gegen die Berufung auf notorische Insolvenz des Hauptschuldners einwenden konnte — Nachlässigkeit des Gläubigers — kann er natürlich auch gegen die durch Ausklagung des Hauptschuldners festgestellte Insolvenz desselben einwenden; es kann also dem Gläubiger diese Excussion Nichts helfen. Darum bewirkt in diesen Fällen die Zulassung der exceptio excussionis die Befreiung des Bürgen.

Natürlich kann diese Nachlässigkeit des Gläubigers nicht bloß im Verzögern der Klage gegen den Hauptschuldner bestehen, sondern noch in andrer Weise auftreten, z. B. in nachlässiger Führung des Processes gegen den Hauptschuldner. Ferner versteht sich von selbst, daß er alle Mittel erschöpft haben muß, die ihm zur Befriedigung zu Gebote stehen außer dem oder den Bürgen. Er kann also diese nicht eher belangen, als bis er auch das Pfand, das er in Händen hat [13]),

13) Besitzt es ein Dritter, so darf dieser erst nach dem Bürgen belangt werden. Nov. 4 c. 2.

verkauft hat. Wenn er daher auf dieses verzichtet hat, so ist dieß ein Fall, in welchem der Gläubiger selbst die Schuld trägt, daß er nicht zu seiner Befriedigung hat gelangen können.

F

§. 37.

2) Soviel von den Befreiungsgründen, die dem Bürgen in Folge einer singulären Rechtswohlthat zustehen. Es gibt aber auch einen Untergang der Bürgschaftsobligation, der nur ihr allein angehört und zwar wegen ihres accessorischen Verhältnisses zur Hauptschuld. Zunächst gehört hierher die aufhebende Wirkung der Confusio zwischen Hauptschuldner und Bürgen. — Die Römischen Juristen begründen dieselbe im Gegensatze zu der (um so zu sagen cumulativen) Wirkung der Confusio zwischen mehreren Subjecten derselben Correalobligation folgendermaßen. — Wenn beide durch Confusio in einer Person zusammentreffende Obligationen (man kann dieß jedoch nur sagen von solchen Obligationen die im Correalnexus stehen) von gleicher Stärke (ejusdem potestatis) sind, so ist es unmöglich zu entscheiden, welche erloschen sei; es fehlt an allem Grunde, gerade die eine, nicht die andre für aufgehoben oder für fortbestehend zu erklären; darum bleiben beide bestehen. Ist aber ein Unterschied (aliqua differentia obligationum) zwischen der einen und der andern rücksichtlich ihrer rechtlichen Wirksamkeit, so fällt jene Unmöglichkeit hinweg und (hier müssen wir suppliren: da es der Natur der Sache widerspricht eine schwächere Verbindlichkeit noch neben der stärkern in derselben Person existirend zu denken, weil jene doch nur ohne selbstständige Bedeutung ist und in der letztern aufgeht) so müssen wir die schwächere als durch die stärkere aufgehoben denken. Eine solche Verschiedenheit besteht nun zwischen Hauptschuld und Bürgschaft und zwar ist in der Regel die Hauptschuld als die

stärkere (plenior oder major) anzusehen [14]). Der Grund davon lag darin, weil die fidejussio nicht in duriorem causam eingegangen werden konnte, wohl aber (und das mochte gewöhnlich sein) in leviorem causam. Aber nur als regelmäßiger Fall ließ sich dieß etwa behaupten, denn es konnte vorkommen, daß die Bürgschaftsobligation die wirksamere (plenior) war (ohne doch eine durior causa zu enthalten) [15]). Dann mußten die Römischen Juristen consequent Fortbestehen der Bürgschaft annehmen [16]).

l. 95. §. 3 D. de sol.: Quod vulgo jactatur, fidejussorem, qui debitori heres exstitit, ex causa fidejussionis liberari, toties verum est, quoties rei plenior promittendi obligatio invenitur. —

Indem dieß von ihnen anerkannt wird, so liegt darin erstens die Nothwendigkeit, zwischen Hauptschuld und Bürgschaft nicht mit Rücksicht auf das accessorische Verhältniß der letztern zu entscheiden über größere oder geringere potestas obligationis. Dieß mochte man Anfangs wohl im Auge gehabt haben, dann mußte man aber die fidejussio stets erlöschen lassen. Indem man die Möglichkeit ihres Fortbestehens im Fall der Confusio anerkannte, gab man das accessorische Verhältniß (der Entste-

14) Obige Deduction wird von Ulpian in l. 5 D. de fid. auf Julianus zurückgeführt. Auch Venulejus trägt dieselbe (l. 13 D. de duob. reis) fast mit denselben Worten vor. —

15) S. oben.

16) Africanus freilich in l. 21. §. 2 D. de fid. ist abweichender Ansicht. Nach ihm soll dieses Fortbestehen nicht angenommen werden, wenn beide (also auch der Hauptschuldner) civiliter verpflichtet seien: quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest. Nach dem o. a. Principe Julian's könnte man sogar versucht sein, die Hauptschuld als aufgehoben anzunehmen, sobald die Bürgschaft wirksamer sei. Soweit gingen jedoch die Römischen Juristen nicht. —

hung) als Grundlage auf; denn dieses Verhältniß besteht ja auch zwischen einer Hauptschuld und der plenior fidejussio [17]).

Freilich ist es nur von einem Falle ganz ausdrücklich in unsern Quellen bezeugt, von dem Falle, wo die Hauptschuld eine naturalis obligatio, der Bürge aber civiliter verpflichtet ist. Alsdann soll die eintretende Confusio der Bürgschaft fortbestehen nach l. 21. §. 2 D. 46. 1. und von demselben Falle ist wohl auch die corrupte l. 95. §. 3 cit. zu verstehen [18]).

Wir dürfen aber wohl noch weiter gehn und die obligatio fidejussoris auch dann als plenior betrachten, wenn der Bürge einen Afterbürgen für sich bestellt hat [19]).

Nach heutigem Rechte, welches, wie oben gezeigt worden, auch eine fidejussio in duriorem causam und in aliam rem kennt, muß demgemäß auch eine solche Bürgschaft, wenn sie mit der Hauptschuld in einer Person zusammentrifft, bestehen bleiben. — Denn sobald einmal das accessorische Verhältniß als entscheidend aufgegeben ist, so kann es bloß noch auf die rechtliche Wirksamkeit ankommen. —

Demnach müßte die Bürgschaft auch fortbestehen, wenn die Hauptschuld durch eine exceptio entkräftet ist, die dem Bürgen nicht zusteht. Dieß ist der Fall bei den nach Eingehung der Bürgschaft begründeten Exceptionen, vorausgesetzt, daß entweder der Bürge keinen Regreß hat, oder daß die Wir-

17) Nur insofern blieb die Rücksicht auf das accessorische Verhältniß immer noch wirksam, als bei gleicher Wirksamkeit beider Obligationen die Hauptschuld als plenior und darum die fidejussio als aufgehoben angesehen wurde. —

18) Wo mit Cujacius in Uebereinstimmung mit den Basiliken zu lesen ist: si reus natura duntaxat fuit obligatus, fidejussor non liberabitur. Vgl. über die Stelle unten das Nähere.

19) Obgleich Africanus (l. 38. §. 5 D. 46. 3) für diesen Fall anderer Ansicht war (vgl. weiter unten), so läßt er doch das für eine Bürgschaft bestellte Pfandrecht im Falle der Confusio fortbestehen.

kung der Exceptio auf die Person des Hauptschuldners beschränkt ist. In der That muß es dem praktischen Interesse nach für unsere Frage als dasselbe erscheinen, ob der Hauptschuldner nur naturaliter obligirt ist oder ob er etwa eine Exceptio aus einem pactum de non petendo (unter Umständen, wo dieses dem Bürgen nicht zu Gute kommt) der Klage des Gläubigers entgegensetzen kann. Indessen scheint Papinian für einen ganz ähnlichen Fall, wo nämlich dem Hauptschuldner die in int. restitutio ob aetatem zusteht, andrer Ansicht gewesen zu sein, nämlich der, daß durch Confusio in diesem Falle die fidejussio erlösche [20]).

Wenn dieß wirklich seine Ansicht gewesen wäre, so hätte sie sich wohl darauf gegründet, daß erst durch den Prätor die in int. rest. gewährt werden mußte, also vorher noch nicht für begründet gelten konnte. — Allein offenbar spricht er von dem Falle, wo dem fidejussor die Restitution des Hauptschuldners zu Gute kommen mußte (vgl. unten §. 40). Dieß ergiebt sich aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle, welche ja nur den Satz enthalten soll, daß die plenior fidejussio durch Confusio nicht aufgehoben werde. Dieß vorausgesetzt, müssen die Worte: quae principalis fuit etc. bezogen werden auf causam juris honorarii und die Worte: cui fidejussoris (sc. obligatio)

20) l. 95. §. 3 D. de sol., von welcher noch unten §. 40 näher die Rede sein wird. Die hierher gehörenden Worte lauten: Difficile est dicere, causam juris honorarii, quae potuit axilio minori esse, retinere fidejussoris obligationem quae principalis fuit et cui fidejussoris (al. fidejussor is) accessit sine contemplatione juris Praetorii. — Daß diese Stelle corrumpirt sei, darauf deuten schon die verschiednen Lesearten zur Zeit der Glossatoren hin, die in der Glosse angeführt werden. Vgl. über die verschiednen Emendationsversuche Cujacius obss. XI. 34. ad l. 28 Quaest. Papin. h. l. Jac. Voorda Interpr. et emend. c. 20. Abr. Wieling Lectiones jur. civ. II. c. 12. Schulting-Smallenburg Notae T. VII. ad h. l. et Suppl. p. 1354

accessit sine contemplatione juris Praetorii sollen dann heißen: der Bürge hatte sich nicht mit Rücksicht auf die Restitution verbürgt, er hatte von der Minderjährigkeit des Hauptschuldners gar Nichts gewußt und muß daher gleichfalls restituirt werden. Nach dieser Auffassung steht dann diese Entscheidung Papinian's ganz im Einklange mit seinem zu Anfang des §. 3 aufgestellten Principe und mit den bisherigen entwickelten Resultaten, weil ja danach die obligatio fidejussoris gar nicht plenior zu nennen war. —

Es entsteht aber die Frage, ob nicht nur größere rechtliche Wirksamkeit die eine Obligation zur plenior machen könne, ob auch größere factische Vortheile, die mit der einen verknüpft sind, dieselbe Wirkung haben müßten. Man denke sich also den Fall: der zahlungsfähige Bürge tritt die Erbschaft des insolventen Hauptschuldners an oder der insolvente Hauptschuldner beerbt den zahlungsfähigen Bürgen. In beiden Fällen kann es nicht darauf ankommen, die Bürgschaft trotz der Confusio fortbestehen zu lassen; denn entweder die beiden zu einer Masse vereinigten Vermögen reichen hin, auch den Gläubiger zu befriedigen, der den Bürgen angenommen; dann kommt er auch mit der Klage aus der Hauptschuld zum Ziele — oder sie reichen nicht aus, dann hilft ihm auch die Klage aus der Bürgschaft Nichts. Es kann in beiden Fällen nur darauf ankommen, die Confusio zu verhindern und dazu gibt das R. R. dem Gläubiger im zweiten der erwähnten Fälle ausdrücklich das Recht — l. 3 D. 42. 6. Er darf Separation der (solventen) Erbschaftsmasse des Bürgen verlangen.

Nur in einem Falle scheint das eben Gesagte eine Modification erleiden zu müssen, wenn nämlich der solvente Bürge mit dem Beneficium inventarii die insolvente Erbschaft des Hauptschuldners antritt. Wollte in diesem Falle der Bürge sich auf die eingetretne Confusio berufen, so müßte es dem Gläubiger

wünschenswerth erscheinen, die obligatio fidejussoris als plenior bezeichnen zu dürfen. Allein er bedarf dessen nicht, denn gewohnheitsrechtlich hat sich der Satz gebildet, das Beneficium inventarii hindre den Eintritt der Confusio und dieß wurde von jeher gerade auf den vorliegenden Fall angewendet [21]).

§. 38.

3) Man zählt aber, wie schon oben erwähnt, noch einen allgemeinen Aufhebungsgrund der Bürgschaft, der in der accessorischen Natur derselben liegen soll, unter diese der Bürgschaft eigenthümlichen Aufhebungsgründe — nämlich den Untergang der Hauptschuld, gleichviel auf welche Art derselbe vor sich geht.

Fragt man nach den innern Gründen für diese Annahme, so wird auf den Satz, daß mit Untergang der Hauptsache auch die Accession untergehen müsse, als auf einen sich von selbst verstehenden und hier ganz unzweifelhaft anwendbaren Grundsatz hingewiesen. Es ist also zu untersuchen ob denn wirklich dieser Grundsatz auch auf das Verhältniß zwischen Hauptschuld und Bürgschaft Anwendung finden müsse. —

Zunächst bedarf die Frage selbst einer genauern Feststellung. Faßt man sie ganz allgemein, wie in der Regel geschieht, so versteht sich freilich die Antwort von selbst, daß bei Untergang der Hauptschuld in diesem Sinne — nämlich als des gesammten Rechtsverhältnisses — auch die Verpflichtung des Bürgen erlöschen müsse; denn ihr Zweck ist ja Sicherung einer fremden Schuld und von Erreichung dieses Zwecks kann nur solange die Rede sein, als eine zu sichernde Schuld juristisch existirt. Allein wir dürfen die Bürgschaft als Erweiterung der Hauptforderung auffassen (ähnlich wie die

21) S. die oben B. II. S. 188. 89. angeführten Belege, die sich leicht noch stark vermehren ließen.

Servitut als Erweiterung des Eigenthums), so daß durch den Hinzutritt des Bürgen (wie überhaupt eines Correalschuldners) das Rechtsverhältniß über die bisherigen Subjecte desselben erweitert wird. Von diesem Standpunkte aus kann man sagen, jenes Rechtsverhältniß dauere noch fort, wenn auch nur der Bürge noch hafte — also wenigstens in dieser einen Wirkung. — Dann enthält freilich jene herrschende Lehre die Tautologie: Wenn die Hauptschuld auch in ihrer Erweiterung durch Bürgschaft aufgehoben ist — so ist auch die Bürgschaft aufgehoben. Was man dagegen eigentlich im Sinne hat bei jenem Satze ist, daß, so oft die Person des Hauptschuldners vollkommen befreit sei, auch die Bürgschaft erlösche. Man beruft sich dafür auf das engere Verhältniß, das zwischen Bürge und Hauptschuldner obwalte (im Gegensatze zum Correalverhältniß); die Bürgschaft sei accessorisch zu der rein persönlichen Verpflichtung des Hauptschuldners, denn keine Bürgschaft könne entstehen, ohne daß der Hauptschuldner in seiner Person verpflichtet sei. Untersuchen wir also was aus diesem accessorischen Verhältniß folge.

Im Sachenrechte gilt allerdings der Satz: Mit Untergang der Hauptsache hört auch die Accession auf zu existiren — wenigstens als Accession, denn als selbstständige Sache kann sie allerdings fortbestehen, wie z. B. wenn das auf ein Stück Leinwand Gemalte zerstört wird, doch das Stück Leinwand noch fortbestehen kann. Wenn also durch den Untergang der Hauptsache auch die Nebensache vernichtet wird, so liegt der Grund nicht in ihrer Eigenschaft als „Accession", also nicht in ihrer juristischen, sondern in ihrem natürlichen Verhältnisse zur Hauptsache. — Um nun hiervon eine Anwendung auf das Obligationenrecht zu machen und die gewöhnliche Lehre zu rechtfertigen, müßte man etwa so schließen: Wenn die Hauptschuld untergeht, so hört die Bürgschaft auf, als Acces-

sion derselben fortzubestehen; die Bürgschaft kann aber nur als Accession der Hauptschuld bestehen; folglich hört sie überhaupt auf zu existiren, sobald sie aufhört, Accession zu sein.

Gegen diese Schlußfolgerung ist einzuwenden,

1) daß man dabei ganz willkührlich den Begriff: „Accession" in dem bestimmten Sinne, den derselbe im Sachenrechte hat, ohne Weiteres hinüberträgt in das Obligationenrecht. Es läßt sich aber von Accession in ganz verschiednem Sinne sprechen und auch unsre Rechtsquellen gebrauchen diese Bezeichnung bald in weiterem, bald in engerem Umfange. Unter diesen Umständen ist es eine petitio principii, auf eine accessorische Obligation ohne Weiteres die Grundsätze über eine im Accessionsverhältnisse stehende körperliche Sache anzuwenden. Vielmehr spricht von vorneherein die Vermuthung dagegen, daß das Recht in beiden Fällen denselben Begriff der Accession zur Anwendung gebracht habe. Im Sachenrechte nämlich wird das Recht zur Annahme eines accessorischen Verhältnisses genöthigt durch einen natürlichen, schon bestehenden engen Zusammenhang zweier Sachen untereinander (welcher ein gesondertes Eigenthum an der einen im Gegensatz zu der andern nicht zulassen würde), die eine von beiden für die Accession zu erklären und diese Nothwendigkeit besteht so lange, als jener enge Zusammenhang dauert. Wird dagegen die Obligation des Bürgen für eine accessorische erklärt, so geschieht dieß, um gewisse Rechtssätze dadurch zu begründen, um dem Institute der Bürgschaft eine gewisse Gestalt zu geben. Es fragt sich also erst, welches diese Zwecke sind, die das Recht hier erreichen will, ehe wir den Begriff der Accession im Obligationsrechte feststellen dürfen — dieser Begriff kann nicht weiter sein als es zur Erreichung jener Zwecke nothwendig ist. Um es also kurz zusammenzufassen: Der Begriff einer accessorischen

Obligation bestimmt sich nach den Rechtssätzen, welche das Recht auf diesen Begriff gebaut hat — die Verpflichtung des Bürgen ist der des Hauptschuldners gegenüber nur insoweit accessorisch, als gewisse Rechtssätze auf diese Abhängigkeit gestützt werden müssen. Damit sind wir auf die Gestaltung des Verhältnisses im positiven Rechte verwiesen.

2) Es ist auch etwas Unbewiesenes behauptet, wenn man sagt, die Bürgschaft könne nur als Accession bestehen. Freilich kann eine körperliche Accession nach Untergang der Hauptsache nur wegen ihrer physischen Existenz noch fortbestehen und da die Obligation des Bürgen lediglich ein juristisches Dasein hat, so könnte es scheinen, als müsse sie nothwendig mit Untergang der Hauptschuld aufhören überhaupt zu existiren. Allein so gut wie bei der körperlichen Sache das natürliche, so kann ja wohl auch das juristische Dasein eine doppelte Seite haben, es kann ein abhängiges sein und doch zugleich die Möglichkeit der Selbstständigkeit in sich tragen.

So ergiebt sich also, daß aus innern Gründen die gewöhnliche Lehre nicht zu rechtfertigen ist. Alles kommt vielmehr darauf an, ob das positive Recht uns zur Annahme jenes Satzes zwingt, d. h. ob die einzelnen Entscheidungen des positiven Rechts es unmöglich machen, nach Untergang der Hauptschuld noch eine Fortdauer der Bürgschaft anzunehmen [22]. —

Indem wir dieß untersuchen, haben wir zu trennen 1) das accessorische Verhältniß hinsichtlich der Entstehung; dieses ist unzweifelhaft vom positiven Rechte für die Bürgschaft anerkannt; 2) das accessorische Verhältniß rücksichtlich des Bestehens. Auch dieses erkennen die Römischen Juristen für die

22) Es versteht sich wohl von selbst, daß man sich für die gewöhnliche Ansicht nicht auf den muthmaßlichen Willen der Parteien berufen dürfe.

Bürgschaft an und daraus würde der Untergang derselben bei Aufhebung der Hauptschuld eine nothwendige Folge sein. Allein sie leiten dieß zweite Verhältniß her aus dem ersten mit Hülfe des Princips: Ea quae initio recte constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum ceciderunt, a quo non potuissent incipere. Da wir nun wissen, daß später die Römischen Juristen selbst diesen Grundsatz als einen unhaltbaren fallen ließen (l. penult. D. de V. O. l. 85. §. 1 de R. J.), so können auch die allgemeinen Aussprüche, durch welche jenes Princip auf den Untergang der Bürgschaft angewendet wurde, nicht in dieser allgemeinen Fassung sofort Geltung beanspruchen. Es muß vielmehr genau festgestellt werden, ob Rechtsbestimmungen vorliegen, welche nur erklärt werden können durch den Satz, daß die Bürgschaft nach Untergang der Hauptschuld nicht mehr fortbestehen könne, also durch das accessorische Verhältniß im zweiten Sinne. Dabei müssen also außer Ansatz bleiben alle Entscheidungen des Inhalts, daß die Bürgschaft untergehe, wenn die Hauptschuld durch einen Aufhebungsgrund der ersten oder zweiten Klasse erlösche, wenn also z. B. das Object der Hauptschuld untergeht, wenn dieselbe durch Zahlung getilgt, wenn sie durch Novation, Eid, Erlaßvertrag aufgehoben wird. Denn dieß findet schon in andern Gründen seine genügende Erklärung, wie oben gezeigt worden [23]).

Diese einzelnen Entscheidungen, von denen es abhängen muß, ob wir des Satzes: Mit Untergang der Hauptschuld

---

23) Wenn daher auch einzelne Quellenaussprüche sich finden, welche den Untergang der Bürgschaft in diesen Fällen mit der accessorischen Natur derselben in Zusammenhang zu bringen scheinen (l. 60 D. de fid.), so bleibt dieß für unsere Frage ganz gleichgültig, denn wir sind nicht gebunden an die Begründung einzelner Entscheidungen derselben, sondern an diese Entscheidungen selbst. Die systematische Anordnung derselben muß uns vorbehalten bleiben.

hört auch die Bürgschaft auf, der Annahme eines accessorischen Verhältnisses auch für das Bestehen bedürfen, ob dieses überhaupt im positiven Rechte in einzelnen Consequenzen existire — sind folgende:

1) Unvereinbar mit jenem Satze sind die Entscheidungen des Römischen Rechts, a) daß das Constitutum, welches doch rücksichtlich seiner Entstehung gleichfalls accessorisch war, welches auch seinem Inhalte nach, ganz mit der Fidejussio zusammenfallen konnte und welches, soweit dieß der Fall ist, heutzutage gar nicht von der Fidejussio unterschieden werden kann, daß dieses Constitutum noch nach Untergang der Hauptschuld fortbestehen konnte.

l. 18. §. 1. 1 D. 13. 5.

b) Daß die Aufhebung [24]) der Hauptschuld ope exceptionis den Bürgen nicht schon wegen seines accessorischen Verhältnisses befreie, sondern nur in Folge seines Regreßverhältnisses, das doch weder nothwendig, noch, wenn es vorhanden, ihm eigenthümlich ist [25]). Daß aber dieser Untergang der Hauptschuld mittelst exceptio rücksichtlich der Befreiung des Bürgen dem Untergange ipso jure gleichzustellen sei, räumt man ein [26]) und so läge also in diesem Satze ein Zeugniß gegen die accessorische Natur bezüglich des Fortbestehens. Ganz anerkannt ist ja auch, daß trotz der in int. rest. des Hauptschuldners die Bürgschaft fortbestehen kann.

c) Wenn der Hauptschuldner durch Untergang der geschuldeten Species befreit wird, so kann darum doch der Bürge noch verhaftet bleiben, wenn dieser Untergang für ihn kein zufälliger ist. Vgl. l. 95. §. 1 fin. D. de solut. (Papinian),

---

24) Im Gegensatz zur anfänglichen Ungültigkeit ope exceptionis, wobei das Erforderniß einer gültigen Hauptschuld fehlt.

25) Die nähere Begründung oben B. I. Kap. 2. und weiter unten §. 41.

26) v. Savigny Syst. V. §. 250. 51.

l. 88. l. 91. §. 4 D. de V. O. (Paulus). Namentlich wird in der ersten Stelle von Papinian davor gewarnt, das Fortbestehen der Bürgschaft in diesem Falle auf den dolus des Bürgen zu gründen. Er vergleicht daher die Fortdauer der Bürgschaft in diesem Falle mit der Fortdauer derselben, wenn der Hauptschuldner unbeerbt gestorben [27]).

d) Auch die Analogie des Pfandrechts [28]) spricht für die Möglichkeit, daß ein accessorisches Recht nach Untergang des Principalrechts (der Hauptschuld) fortbestehen könne. Wenn auch die Römischen Juristen dieß aus der Conception der Formel für die Pfandklage herleiteten, so muß doch für das heutige Recht ein innerer Grund gefunden werden. Ein solcher läßt sich aber nicht finden, so lange man an der herrschenden Auffassung des accessorischen Verhältnisses festhält.

Diesen Entscheidungen gegenüber finden wir 2) folgende zwei Anwendungen des strengeren Accessionsverhältnisses, in Folge dessen die Bürgschaft überhaupt nicht bestehen kann ohne Hauptschuld:

a) Durch Confusio zwischen Hauptschuldner und Gläubiger wird der Büge befreit (l. 71 pr. D. de fid.).

b) Durch Confusio zwischen Hauptschuldner und Bürge wird die Obligation des Bürgen aufgehoben und dadurch der fidejussor fidejussoris (Afterbürge) befreit, weil die Schuld, für die er sich verbürgt, erloschen ist (l. 38. §. 5 de sol.).

Es ist nun zunächst die Frage, ob wir bei dieser Gestalt der Sache nicht den Satz aufgeben, welcher nur in zwei vereinzelten Consequenzen erscheint und lieber diese als Singulari-

---

27) Dieser Fall und die meisten der oben B. I. S. 84. 85 aufgezählten sollten nur als Ausnahmen des o. a. Satzes: ea quae initio etc. gelten, nicht als Belege dafür, daß die Bürgschaft nach Aufhebung der Hauptschuld fortbestehen könne. —

28) Das Nähere s. bei Büchel civil. Erört. I. S. 49 ff.

täten hinstellen sollen. Vielleicht läßt sich aber zeigen, daß die erste Consequenz auch schon aus einem andern Principe sich herleiten läßt und daß wir die zweite geradezu fallen lassen dürfen. Gelingt uns dieß, so ist damit aller Grund weggefallen, die accessorische Eigenschaft der Bürgschaft noch auf mehr, als auf ihre Entstehung zu beziehen.

Was nun **erstens** die Confusio zwischen Hauptschuldner und Gläubiger betrifft, so muß uns sofort einfallen, daß seit Einführung des ben. excussionis schon deßhalb in diesem Falle Befreiung des Bürgen eintreten müsse, weil die Unmöglichkeit, den Hauptschuldner auszuklagen, der Kläger (habe er als Gläubiger den Hauptschuldner beerbt oder umgekehrt) sich selbst zuzuschreiben hat. Aber auch vor Einführung der Nov. 4 mußte gerade in den meisten Fällen der Bürge durch derartige Confusio befreit werden, weil er der Regel nach einen Regreß gegen den Hauptschuldner hat und in Folge dessen eine Einrede gegen den Kläger, der in seiner Person auch den Hauptschuldner repräsentirt. Man könnte einwenden, daß der Regreß doch erst durch wirkliche Zahlung begründet werde. Allein dieß wäre eine unrichtige Auffassung. Das Mandat wird ausgeführt — die negotiorum gestio vollendet schon durch die Verbürgung. Die Zahlung geschieht ja eben in Folge der Bürgschaftsverbindlichkeit, nicht wegen des Mandats oder um ein negotium zu führen. Sie kommt freilich in Betracht als Nachtheil der aus der Geschäftsführung erwachsen ist. Allein ein solcher Nachtheil kann auch in dem Verklagt- oder Verurtheiltsein bestehen.

Für diese beiden Fälle bedürften wir also jenes Princips von der strengen Accessionsqualität der Bürgschaft nicht, sondern nur für den Fall, wo der Bürge donandi animo sich verbürgt und auf das Beneficium excussionis verzichtet hat. Wir könnten daher schon auf die Weise jene Entscheidung be-

seitigen, daß wir sie von dem regelmäßigen Falle der Bürgschaft, wo der Bürge einen Regreß hat, verständen, wie ja die Römischen Juristen so oft schlechthin unter fidejussor den regreßberechtigten Bürgen verstehen.

Allein es läßt sich wohl noch auf andre Weise zeigen, daß jene Entscheidung in l. 71 pr. die gewöhnliche Lehre von der accessorischen Eigenschaft der Bürgschaft keineswegs rechtfertigt. —

Paulus führt in l. 71 pr. cit. außer dem Satze: accessiones quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remanent (womit er auf einen von ihm selbst an andern Orten für unhaltbar erklärten Grundsatz verweist) noch zwei andre Principien zur Begründung seiner Entscheidung an, nämlich

1) nemo potest pro eodem apud eundem pro ipso obligatus esse, wie diesen Satz fast gleichlautend Africanus (l. 21. §. 3 D. eod.) ausspricht. Damit ist aber der Fall der Confusio als ein ganz eigenthümlicher hingestellt, der um seiner besondern Natur willen den Bürgen befreien müsse, nicht als Anwendung der allgemeinen Regel, die für jede Aufhebung der Hauptschuld gelten müßte. Es ließe sich also denken, daß es die besondere Unbilligkeit gewesen wäre, welche in der Klage eines Gläubigers, der zugleich den Hauptschuldner repräsentirt, gegen den Bürgen zu liegen scheint, wodurch die Römer zur Annahme der Befreiung des letztern hingeführt worden wären. Doch liegt es freilich auch ebenso nahe, im Zusammenhange mit den gleich darauf folgenden Worten (quemadmodum incipere etc.) nur eine Anwendung jenes Schlusses von Entstehung auf Fortbestehen darin zu finden; weil man sich nicht bei Jemand für ihn selbst verbürgen könne, so müsse auch Confusio die gültig eingegangne Bürgschaft vernichten. Viel wichtiger ist dagegen ein dritter Grund, den Paulus sogar gleich als ersten voranstellt:

2) Ubi successit creditor debitori, veluti solutionis jure sublata est obligatio. Ebenso leiten auch Papinian in l. 95. §. 8 D. de sol. (auch im §. 2 eod. vergleicht er die confusio mit der Zahlung), sowie in l. 50 D. de fidej. und Africanus in l. 21. §. 5 D. de fid. (derselbe vergleicht im §. 3 eod. die confusio mit der possessio rerum debitoris) die aufhebende Wirkung der confusio her aus der Möglichkeit, sie als Zahlung aufzufassen [28]). Besonders schlagend aber für diese Auffassung der Confusio zeugt eine andre Entscheidung des Paulus, l. 41. §. 2 D. de evict., von welcher wir unten ausführlicher sprechen werden.

Wir dürfen dieß nicht so äußerlich von der Bereicherung verstehen, die dem Gläubiger aus der Erbschaft des Schuldners zu Theil wird, denn damit, wenn auch diese Bereicherung den Betrag der Forderung weit übersteigt, ist ja doch gar keine Beziehung auf die Forderung gewonnen, es ist kein Grund gegeben, gerade diese Bereicherung als Tilgung derselben anzusehen, denn diese Bereicherung ist dem Gläubiger nicht zu Theil geworden in Folge seiner Forderung; daß es zufällig dasselbe Ereigniß ist, welches sowohl die Bereicherung, als die Aufhebung seiner Forderung herbeiführt, kann Nichts entscheiden. Uebrigens würde diese Auffassung auch sofort als unanwendbar bei einer insolventen Erbschaft erscheinen und überhaupt bei der Beerbung des Gläubigers durch den Hauptschuldner.

Vielmehr müssen wir das Hauptgewicht legen auf das ipsum sibi solvere, ipsum a se exigere, wodurch in den angeführten Stellen die richtige Auffassung angedeutet wird. Es wird als Pflicht des Hauptschuldners, der den Gläubiger beerbt, betrachtet, daß er im Namen dieser Erbschaft (als negotium derselben) die Forderung von sich beitreibe, — ebenso umgekehrt als negotium der Erbschaft des Hauptschuldners,

28) Vgl. die unten besprochne l. 33 D. 21. 3.

das der ihn beerbende Gläubiger zu besorgen habe, gilt die Befriedigung auch dieser Forderung, die ihm selbst zusteht. Da aber die Erfüllung dieser Pflicht lediglich von dem Erben abhängt, durch seinen bloßen Willen geschieht, so nimmt das Recht sie sofort als erfüllt an. Bei dieser Auffassung kann es begreiflicherweise auf Solvenz oder Insolvenz der Erbschaft nicht ankommen; denn reicht dieselbe zur Tilgung dieser Forderung nicht hin, so muß er aus seinem eignen Vermögen zahlen, d. h. in diesem Falle compensiren. Daß diese Verpflichtung bei Errichtung eines Inventar's nicht vorhanden sein würde, thut der Sache keinen Eintrag, denn der Gebrauch des Beneficium inventarii hindert überhaupt den Eintritt der Confusio [29]); der Erbe gilt dann nicht als Vertreter der hereditas jacens und der in ihr fortgesetzten Persönlichkeit des Erblassers, sondern diese steht ihm gegenüber wie jede andre ihm gänzlich fremde Persönlichkeit.

Es fragt sich aber, woher sich jene Pflicht, die Erbschaftsforderung beizutreiben oder die Erbschaftsschuld zu bezahlen ableiten lasse. Den Grund davon dürfen wir suchen in der Eigenschaft des Erben als Vertreters der fingirten Persönlichkeit, welche das Recht der hereditas jacens beilegt. Mit der Annahme dieser Persönlichkeit als einer bloß fingirten, die also keinen Willen hat, ist zugleich das Bedürfniß gegeben, ihr einen nothwendigen Vertreter hinzustellen und dieser kann kein andrer sein als der Erbe. Er vertritt sie nicht durch seine physische, sondern durch seine juristische Persönlichkeit, d. h. als Subject aller ihm zustehenden Vermögensrechte und deßhalb muß er auch für die Schulden der Erbschaft über den Betrag der letztern mit seinem Vermögen einstehen. Eben deßhalb aber — als Vertreter der Erbschaft — muß er ferner auch die

---

29) S. oben S. 188 f. und §. 37 a. E.

Forderungen derselben beitreiben — auch von sich selbst und die Schulden tilgen — auch an sich selbst.

Man könnte gegen diese Argumentation nicht ohne Schein einwenden:

1) daß aus derselben folgen würde, auch bei Confusio zwischen Gläubiger und einem Correalschuldner müßten alle übrigen — gleich als ob gezahlt wäre — befreit werden. — Dieß wäre gegründet, wenn wir behauptet hätten, die Confusio, der Erbschaftsantritt, an sich selbst schon, stehe der Zahlung gleich (etwa wegen der Bereicherung des Gläubigers aus der Erbschaft des Schuldners). Es wurde jedoch nur angenommen, der Erbschaftsantritt begründe eine Pflicht zur Tilgung der fraglichen Schuld. Dieß kann aber nur angenommen werden in den Fällen, wo kein Zweifel obwaltet, daß gerade diese Person, deren Erbschaft angetreten worden oder welche den Gläubiger beerbt hat, als einziger oder doch als Hauptträger der fraglichen Schuld betrachtet werden dürfe. Das letztre ist der Fall bei der Confusio zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, der im Gegensatze zu dem Bürgen als der Hauptträger der Obligation anzusehen ist. Anders bei Correalschuldnern. Nach der oben entwickelten Ansicht ist überhaupt noch keiner derselben definitives Subject der einen Obligation, deren Gegenstand in das Vermögen des Gläubigers kommen soll; ein solches muß erst durch den Gläubiger bezeichnet werden. So lange dieß nicht geschehen ist, kann auch keine Verpflichtung des Erben als Erbschaftvertreters angenommen werden, weder daß er gerade von sich selbst beitreibe, noch daß die Erbschaft gerade dieses Einen ihm Befriedigung gewähre; denn eine Wahl kann in der Erbschaftsantretung nicht gesehen werden.

2) Diese Auffassung sei zwar möglich, allein viel näher liege und weit einfacher sei die Erklärung der aufhebenden Wir-

kung der Confusio aus der Einheit zwischen Erben und Erblasser, und aus der Unmöglichkeit, daß Jemand eine Forderung gegen sich selbst habe. Diese letztre Erklärung ist nun allerdings leicht und bequem, es steht ihr aber entgegen, daß man dann gezwungen ist, anzunehmen, mit Antritt der Erbschaft höre die bisher in der hereditas jacens ruhende Persönlichkeit auf, es sei unmöglich, sie dann noch als fortexistirend zu denken[30]). Und doch sind wir um so mancher sonst unerklärlichen Rechtsbestimmungen willen[31]) gezwungen, eine solche

30) Denn die bloße factische Unmöglichkeit, gegen sich selbst zu klagen, würde den Untergang der Bürgschaft zu begründen noch viel weniger im Stande sein.

31) Dahin gehört vor Allem die hier besprochene Römischrechtliche Auffassung der Confusio mit den weiter unten angeführten Consequenzen; dann die Annahme einer negotiorum gestio, wenn der vermeintliche Erbe Erbschaftshandlungen vornimmt (l. ult. D. III. 5. l. 50 §. 1 D. V. 3. c. 5. Cod. III. 31.). Ein animus negotia gerendi ist in diesem Falle nur denkbar, wenn man den Erben als Vertreter der Erbschaft betrachtet. Ferner gehört hierher auch l. 62 D. 41. 1. Man hat dieser Stelle die Beweiskraft abgesprochen, weil sie nur den Satz enthalte, daß die Vererbung nicht unter den Begriff der Veräußerung falle. Damit aber, daß Hindernisse der Veräußerung nicht auch dem Uebergange durch Universalsuccession entgegenstehn sollten, sei noch nicht gesagt, daß Jemand, der gewisse Sachen nicht im Eigenthum haben könne, durch Universalsuccession dieselben erwerben könne. Darauf ist zu entgegnen, daß zwar wohl ein Gesetz, welches Jemandem die Fähigkeit, gewisse Sachen im Eigenthum zu haben, abspräche, auch den Erwerb durch Universalsuccession ausschließen würde — aber nur wegen der muthmaßlichen Intention eines solchen Gesetzes, welche auf das dem praktischen Erfolge ganz Gleiche bezogen werden dürfte (woraus jedoch nur folgen würde, daß das von dem Unfähigen Geerbte von ihm verkauft werden müßte). Verbietet dagegen das Gesetz die Veräußerung einer Sache, so ist damit gesagt, sie solle nicht von einer Person auf die andere übergehen können. Läßt nun doch l. 62. cit. an solchen unveräußerlichen Sachen den Erwerb durch Universalsuccession zu, so heißt

Fortexistenz anzunehmen — wenigstens so weit als ein rechtliches Bedürfniß dazu vorliegt[32]). Durch den Nachweis eines solchen Bedürfnisses (welches gerade auch für die Confusio angenommen wird) beseitigt sich aber auch der Gegengrund, jene Fiction der juristischen Persönlichkeit könne nur so lange dauern, als das Recht derselben bedürfe. Es bedarf derselben eben noch länger. Auch ist es keineswegs nöthig, etwa um die unbedingte Haftung des Erben für die Erbschaftsschulden zu erklären, eine Vereinigung zwischen seiner Persönlichkeit und der des Erblassers anzunehmen; diese Haftung erklärt sich, wie schon oben erwähnt, aus der Eigenschaft des Erben als Vertreters der Erbschaft — und zwar als Vertreters mit seinem ganzen Vermögen. Es steht aber jener bequemen Erklärung auch noch mit specieller Beziehung auf die Confusio entgegen, daß aus ihr gerade hinsichtlich der Confusio gewisse Entscheidungen des Römischen Rechts sich nicht erklären lassen. Dagegen gibt unsre Auffassung der Confusio im Zusammenhang mit der Fortdauer der juristischen Persönlichkeit der Erbschaft auch nach Antritt derselben, den Schlüssel zu diesen sonst räthselhaften Bestimmungen. So erklärt sich daraus[33]), daß durch Antritt des heres fiduciarimus die For-

---

das: die Universalsuccession ist keine Veräußerung, d. h. sie bewirkt keinen Wechsel der Eigenthums-Subjecte, oder was dasselbe ist: auch nach Antritt der Erbschaft ist der Erbe noch immer als Repräsentant der Person des Erblassers zu betrachten.

32) Ganz allgemein verwirft die Fortdauer die Persönlichkeit nach Antritt der Erbschaft Ihering Abhandlungen III. S. 240 ff. Gegen seine Begründung s. Puchta Pand. §. 447. Vorlesungen II. S. 288. 89. vgl. auch die vorherg. Anm.

33) Diese Entscheidung der l. 59. D. ad SC. Treb. wird in dieser Stelle von Paulus freilich etwas anders begründet, nämlich daraus, daß doch keine Zahlung geschehen, daher das Pfandrecht nicht erloschen sei und deßhalb auch noch eine naturalis obligatio als existirend angenom-

derung desselben gegen den Erblasser nicht erlischt, daß auch das dafür bestellte Pfand noch wirksam bleibt; denn da er die Erbschaft restituiren muß, so ist er nur für diesen Zweck als Vertreter zu betrachten und es kann nicht für seine Pflicht (als Vertreter) angesehen werden, an sich selbst Zahlung zu leisten. Ferner erklärt sich daraus l. 41. §. 2. D. de evict. In dieser Stelle entscheidet Paulus folgenden Fall: A verkauft an B ein Grundstück und bestellt demselben als Bürgen wegen der Eviction den X. B verkauft das Grundstück an C. Diesem wird es evincirt und nun beerbt er den B oder umgekehrt B beerbt ihn (den Worten nach können wir den Fall sogar so denken: die Eviction tritt nach der Beerbung des Einen durch den Andern ein). Es fragt sich, ob der Bürge X wegen dieser Eviction hafte. Paulus bejaht diese Frage: quoniam et cum debitor creditori suo heres exstiterit, ratio quaedam inter heredem et hereditatem ponitur et intelligitur major hereditas ad debitorem pervenire, quasi soluta pecunia, quae debebatur hereditati — et ex contrario, cum creditor debitori suo exstitit heres, minus in hereditate habere videtur, tamquam ipsa hereditas heredi solverit. Ohne diese Fiction der Zahlung hätte man in diesem Falle sagen müssen: Durch den Verkauf an C hat B alles Interesse an einer spätern Eviction verloren, dieses kann nur hergestellt werden durch den Regreß des C an B. Nach eingetretner Confusio ist dieser eigentlich nicht mehr möglich und nur durch die obige Fiction kann dasselbe Resultat hergestellt werden, als ob wirklich C

---

men werden müsse. Diese Begründung war nöthig, weil auch nach dem SC. Treb. der heres fiduciarius immer noch dem Rechte nach als heres (auch nach der Restitution) galt. Uebrigens schwebte ihm bei der Entscheidung verum est non esse solutam pecuniam doch wohl vor, daß man gerade wegen der Restitution nicht annehmen dürfe, der Gläubiger habe für seine Bezahlung gesorgt.

gegen B geklagt hätte; indem beide Persönlichkeiten als selbstständig nebeneinander (trotz der Beerbung) fortbestehend angenommen werden. — Sodann rechtfertigt sich allein durch unsre Fiction, daß dem Schuldner, welcher seine Gläubiger beerbt, seine Schuld in die Quarta Falcidia mit eingerechnet wird (l. 1 §. 18 D. ad l. Falc.). Endlich wäre es ohne diese Auffassung nicht möglich, die Entscheidung der l. 11 D. mand. zu rechtfertigen, daß der vom Gläubiger belangte und verurtheilte Bürge, wenn er den Gläubiger beerbt, die actio mandati gegen den Schuldner haben solle, als habe er gezahlt. Freilich ist es nöthig, daß der Bürge verurtheilt ist, weil nur unter dieser Voraussetzung angenommen werden darf, daß gerade dem Bürgen (dem Erben) die Pflicht zufalle, den Gläubiger zu bezahlen. Hierher gehört auch die Entscheidung der l. 33 D. 24. 3. Der Fall dieser Stelle ist folgender. Eine Frau verspricht ihrem Manne eine dos; die Rückgabe derselben wird für Andre stipulirt. Darauf stirbt die Frau, ohne daß die dos gegeben worden und setzt ihren Mann zum Erben ein. Nun soll es so angesehen werden, als sei die dos gegeben worden und darum soll der Mann den aus der Stipulation Berechtigten auf Rückgabe haften.

So lange nicht nachgewiesen ist, daß diese Entscheidungen aus einem andern Principe eine ebenso gute Erklärung finden, dürfen wir daher das unsrige nicht nur als mögliches, sondern als nothwendiges betrachten.

Sobald man aber zugiebt, daß die Confusio die Annahme einer durch Zahlung geschehenen Tilgung der Forderung zulasse, so fällt auch jeder Grund hinweg, diesen Fall als Consequenz des accessorischen Verhältnisses zu betrachten. Es liegt dann hierin keine Anwendung der gewöhnlichen Lehre, daß mit Untergang der Hauptschuld auch die Bürgschaft aufhöre, sondern des Satzes, daß Zahlung der Hauptschuld auch die Bürg-

schaft tilge — weil sie ja den Zweck aufhebt, welcher sowohl der Existenz jener als dieser — wie auch jeder principalen Nebenschuld — zu Grunde liegt. —

Der **zweite** der oben erwähnten Fälle, in denen der hier bestrittne Satz Geltung zu haben scheint, ist die Confusio zwischen Hauptschuldner und Bürgen. Diese soll nach Afrikan's Entscheidung in l. 38. §. 5. D 46. 3. den Afterbürgen befreien. Diese Entscheidung muß allerdings auf jenen Satz zurückgeführt werden, wie denn überhaupt nicht geläugnet werden soll, daß ihn die Römischen Juristen — freilich im Zusammenhange mit einem später von ihnen verworfenen Principe — als Begründung benutzt haben. — Es soll nun aber gezeigt werden, daß wir diese Entscheidung selbst verwerfen dürfen. Wir wollen dabei kein Gewicht darauf legen, daß diese Entscheidung dem Bedürfnisse des Verkehrs widerspricht, wie denn auch neuere Gesetzgebungen sich dagegen erklärt haben — obgleich wohl gefragt werden könnte, ob wir einen Satz als Regel aufstellen dürften, aus dem gerade nur diese Consequenz anerkannt ist — ob wir nicht vielmehr die Regel in ganz entgegengesetzter Fassung annehmen und diese einzelne Rechtsbestimmung als Singularität hinstellen sollten, als eine Singularität, welche zu beseitigen die Aufgabe einer neuen Gesetzgebung sei. Es soll statt dessen zunächst darauf aufmerksam gemacht werden, wie verschieden das Verhältniß gerade für diesen Punkt **vor** l. 28 C. 8. 41. und **vor** Einführung des beneficium excussionis, von dem Verhältniß **nach** Einführung desselben sein mußte, und wie daher jetzt andere Principien als nothwendig erscheinen dürften.

Nach Pandektenrecht nämlich konnte es für den Afterbürgen von Interesse sein, daß neben ihm noch zwei Schuldner existirten. So lange noch die befreiende Wirkung der Litiscontestation anerkannt wurde, war die Stellung eines Bürgen

um so vortheilhafter, je näher die Möglichkeit lag, daß ein Anderer vom Gläubiger gewählt werde; diese Möglichkeit aber wächst im Verhältniß zur Zahl der Schuldner. Nach l. 28 cit. dagegen beruht der Vortheil des Afterbürgen nur darin, daß wenn zuerst der Hauptschuldner, dann der Hauptbürge belangt wird, die Masse beider Vermögen wohl zur Befriedigung des Gläubigers hinreichen werde. — Also kommen beide Vermögen nur rücksichtlich ihres Inhalts in Betracht — nicht als zwei Vermögen zweier verschiedener Personen. Es kann ihm also einerlei sein, ob beide Massen selbstständig bleiben oder durch Beerbung vereinigt werden. Nur in dem Falle, wo die solvente Erbschaft des Einen von dem Andern, welcher insolvent ist, angetreten und so die Solvenz des einen Vermögens durch die Insolvenz des Andern vernichtet wird, hat er eine nachtheiligere Stellung, als ohne dieses Ereigniß. In diesem Falle ist er aber seit Nov. 4. durch das beneficium excussionis gesichert. Dadurch wird bewirkt erstens, daß stets Hauptschuldner und Hauptbürge vor dem Afterbürgen belangt werden; zweitens, daß in dem oben angegebenen Falle, wenn der Gläubiger das beneficium separationis nicht geltend macht (in diesem Falle würde der Afterbürge nicht benachtheiligt) — ihm die exceptio excussionis wegen selbstverschuldeter Nichtbefriedigung peremtorisch entgegenstehen würde.

Allein auch abgesehen davon können wir jene Entscheidung Afrikan's ganz einfach beseitigen durch Hinweisung auf die oben gegebne Erörterung über die Wirkung einer Confusio zwischen Hauptschuldner und Bürgen. Auch in dem Falle, wo der Bürge einen andern Bürgen für sich gestellt, dürfen wir wohl die Bürgschaft als major im Verhältniß zur Hauptschuld betrachten und demnach ihre Fortdauer behaupten. —

Spricht man freilich der Wissenschaft die Befugniß ab, derartigen Entscheidungen, wie der des Afrikanus in l. 38

§. 5. cit. wegen des Widerspruchs mit allgemeinen Principien, als Ueberbleibsel eines veralteten Standpunkts, die praktische Geltung geradezu zu versagen, so mag man den dort aufgestellten Satz beibehalten als einen *singulären*, der Natur der Sache keineswegs entsprechenden. Eine allgemeine Regel aber — etwa, daß stets mit Untergang der Hauptschuld die Bürgschaft erlöschen müsse, daraus abzuleiten, wird Niemandem in den Sinn kommen. —

Fassen wir schließlich das Resultat der ganzen Erörterung zusammen. Das accessorische Verhältniß der Bürgschaft als solches für sich betrachtet ist ohne Einfluß auf das Erlöschen der einmal *gültig eingegangnen* Bürgschaftsverpflichtung. Es läßt sich dieß auch aus der Natur der Sache begründen. Im Allgemeinen rechtfertigt sich nur dann das Erlöschen einer Obligation, wenn der Zweck erreicht ist, um dessentwillen sie existirt. Die Bürgschaft hat zum Zwecke: *Sicherung* einer Forderung (denn gerade darin besteht ja das Wesen ihres accessorischen Verhältnisses). Also nur wenn es dieser Sicherung nicht mehr bedarf, ist der Grund für die Existenz der Bürgschaft weggefallen; aber es besteht gerade darin eine wesentliche Sicherung, daß die Forderung dem Gläubiger nicht durch rein juristische Ereignisse (ohne seine Befriedigung) entzogen werde, sondern in Beziehung auf eine andre Person noch fortbestehe. Es leuchtet freilich von selbst ein, daß das nur auf wenige Fälle Anwendung finden kann; denn in der Natur einer jeden Obligation liegt ja, daß sie erst, wenn ihr Zweck — die Befriedigung des Gläubigers erreicht ist — untergehen soll. Dieß gilt natürlich auch von der *Hauptschuld* und daher wird in der Regel mit der Aufhebung dieser auch die Bürgschaft erlöschen, weil auch ihr Zweck erreicht sein wird. Ist dieß aber ausnahmsweise nicht der Fall, so können wir dann das Fortbestehen der Bürgschaft dadurch rechtfertigen, daß wir sagen:

Die Person des Hauptschuldners ist aus dem Obligationsverhältnisse ausgeschieden, nicht aber dieses selbst vollständig aufgehoben, weil der vorliegende Aufhebungsgrund nur für das Erstre ausreicht.

Was endlich den praktischen Werth dieses Resultats anlangt, so sind hier einige Fälle zu erwähnen, in welchen es von Wichtigkeit wird, ob man die herrschende Lehre annimmt oder ob man sie in der oben angegebnen Weise beschränkt. In den meisten Fällen freilich wird die Bürgschaft schon aus andern Gründen (abgesehen von ihrem accessorischen Verhältnisse) mit Untergang der Hauptschuld aufgehoben. Es bleibt noch übrig der schon früher erwähnte Fall, wenn der Untergang der geschuldeten Species zwar für den Hauptschuldner, nicht aber für den Bürgen ein zufälliger ist — also namentlich auch, wenn letzterer in mora ist; ferner wenn der Gläubiger die Forderung gegen den Hauptschuldner durch rechtswidrige Selbsthülfe verliert, so folgt aus der Befreiung des Hauptschuldners für seine Person noch nicht die des Bürgen; dieser Erfolg müßte aus einer allgemeinen Intention des Decr. D. Marci hergeleitet werden. Dasselbe gilt für den Fall, wenn der Gläubiger seine Forderung verwirkt durch Uebernahme der Vormundschaft über den Hauptschuldner mit Verheimlichung seiner Forderung. Auch können diejenigen, welche der Klagverjährung die Wirkung einer gänzlichen Befreiung des Hauptschuldners — einer Vernichtnng des Rechts selbst — beilegen, daraus nicht folgern, daß der Bürge nicht mehr hafte und in diesem Punkte ist daher der Streit über eine Wirkung der Verjährung ohne praktische Bedeutung. — Endlich ist es eine wichtige Consequenz der hier vertheidigten Meinung, daß der Bürge sich nicht berufen kann auf einen Erlaßvertrag, der nur die Person des Hauptschuldners betraf (s. oben); dazu kann ihm nur das ben. exc. ein Recht geben.

§. 39.

Endlich bleibt noch übrig, diejenige Klasse von Aufhebungsgründen näher zu betrachten, welche das Regreßverhältniß zwischen Bürge und Hauptschuldner zur Voraussetzung hat und welche daher nicht jeden Bürgen betrifft, sondern nur den regreßberechtigten — umgekehrt aber auch nicht allein bei dem Bürgen, sondern überall, wo dieselbe Voraussetzung — der Regreß — ist — zur Anwendung kommt. Eben deßhalb gehört die folgende Erörterung nicht nothwendig in eine Lehre der Bürgschaft und es wird ihr daher nur eine kürzere Darstellung gewidmet werden. —

Es ist bereits oben gezeigt worden, daß auf dieses Regreßverhältniß, als auf seinen Grund, zurückzuführen sei das Recht des Bürgen, von den Exceptionen des Hauptschuldners Gebrauch zu machen[34]). Es ist dabei abzusehen von den Ex-

34) B. I. Kap. 2. §. 12. Die Entscheidung des Paulus in der bekannten l. 58 §. 1 D. 17I. könnte freilich gegen unsre Auffassung angeführt werden. In der angeführten Stelle wird nämlich dem Bürgen die exceptio aus dem Nachlaßvertrage gegen denjenigen Gläubiger zugesprochen, der ausdrücklich seine Zustimmung zum Nachlasse erklärt habe; doch aber heißt es im Folgenden, der Bürge habe keinen Regreß wegen des erlassenen Theils der Schuld, er könne — auch wenn er das Ganze gezahlt — nur so viel ersetzt verlangen, als der Hauptschuldner selbst hätte zahlen müssen. Für den Mandator wäre dieß leicht zu erklären — und von einem solchen handelte es sich in dem vorliegenden Falle; aber Paulus stellt denselben den Fidejussor gleich. Am nächsten läge es, dabei einen fid. indemnitatis vorauszusetzen, der sich gleichfalls auf die eigne Verschuldung des Gläubigers berufen könnte. Wem dieß jedoch zu gewagt erscheint, der mag wenigstens bedenken, daß dort nicht von einem einfachen pactum de non petendo die Rede ist, sondern von der Zustimmung zu dem decretum Praetoris und daß dieser Zustimmung wohl auch eine Wirkung auf die Obligation des Bürgen beigelegt werden konnte, ohne daß damit Paulus dem von ihm in andern Stellen so klar aufgestellten Principe widersprach. — Zu den in dieser Beziehung oben a. a. O. aufgezählten

ceptionen, welche die Hauptschuld auch ihrem naturalen Bestandtheile nach vernichten und welche dem Hauptschuldner schon zu der Zeit, wo der Bürge beitritt, zustehen; diese Exceptionen hat der Bürge wegen seines accessorischen Verhältnisses, welches jeder Bürgschaft und nur der Bürgschaft eigenthümlich ist. — Von den später nach Eingehung der Bürgschaft begründeten Einreden des Hauptschuldners stehen dem Bürgen zunächst alle diejenigen zu, die auf einem Umstande beruhen, welcher für alle Correalschuldner befreiend wirkt, wie freisprechendes Urtheil und Eid. Diese Einreden hat der Bürge aus seinem Correalverhältnisse (l. 28 §. 3 D. 12. 6. v. Savigny Obl. R. I. S. 185. 190.); ferner seit Einführung des ben. excussionis die durch den Gläubiger verschuldeten (s. oben im vor. Kap.). Alle übrigen aber kann der Bürge nur in Folge seines Regreßverhältnisses vorschützen und dieß wird auch hinsichtlich der zuletzt erwähnten Klasse wichtig, da in der Regel auf das Beneficium excussionis verzichtet wird, also der Bürge auch kein Recht auf Exceptionen daraus ableiten kann. —

Es drängt sich aber hier zunächst die Frage auf, und hier ist der Ort, sie zu beantworten, wie der Zusammenhang zwischen dem Regreßverhältnisse und der Ausdehnung der Exceptionen zu erklären sei. —

Denken wir dabei an den Fall, für den im R. R. besonders das Regreßverhältniß hervorgehoben wird — an das mit dem Hauptschuldner geschlossene pactum de non petendo, so könnte als das Nächstliegende erscheinen[35]), dieß als eine

---

Stellen gehört auch die unten besprochene l. 27. § 3. D. 2. 14., deren Entscheidung nur von diesem Principe aus ihre Rechtfertigung findet. —

35) Wenn man sagt, es werde dadurch nur die Weitläufigkeit abgekürzt, nach welcher der Hauptschuldner dem Bürgen und der Gläubiger wieder dem Hauptschuldner das vom Bürgen Gezahlte erstatten müßte, so

Disposition des Hauptschuldners über das gemeinsame Obligationsverhältniß aufzufassen. Dieß würde nun zwar einen Zusammenhang mit dem Regreßverhältnisse rechtfertigen, weil nur unter Voraussetzung des letztern der Hauptschuldner ein Interesse daran hat, daß der Gläubiger auch den Bürgen schone, also nur unter dieser Voraussetzung von einer für den Bürgen wirksamen Disposition die Rede sein könnte. Allein man könnte daraus Nichts weiter herleiten, als daß der Hauptschuldner, wenn er überhaupt Gelegenheit hätte, dem Gläubiger die exc. p. d. n. p. entgegenzusetzen, dazu berechtigt würde schon durch die Ausklagung des Bürgen. Unerklärt bliebe dagegen immer, wie der Bürge berechtigt sein könne, diese exceptio vorzuschützen. —

Dieß kann wohl nur erklärt werden im Zusammenhange mit dem, was im folgenden Kapitel über das Regreßverhältniß zwischen Bürge und Hauptschuldner gesagt werden wird. Das Mandat wird schon durch die Verbürgung ausgeführt, die negotiorum gestio liegt schon in der Eingehung der Bürgschaft — also ist weder zur actio mandati noch zur a. negotiorum gestorum contraria die Zahlung von Seiten des Bürgen nothwendig. Die übernommene Verbindlichkeit ist für sich allein schon ein hinreichender Nachtheil, um darauf hin den Hauptschuldner belangen zu dürfen, er solle seinerseits diesen Nachtheil auf sich nehmen, den Bürgen entschädigen oder vielmehr ihn vor wirklichem Nachtheil schützen, indem er ihn, soweit es seine Kräfte zulassen, in den Stand setze, in welchem er sich ohne die Verbürgung befinden würde. — Dieß geschieht aber

ist dieß erstens kein juristischer Grund und zweitens paßt derselbe nur auf den Fall des pactum de non petendo, nicht z. B. auf die exc. SC. Mac. und ist also schon deßhalb ganz ungenügend — und auch auf das pactum de n. p. nur, wenn der Hauptschuldner einmal Gelegenheit bekommt, mit dem Gläubiger zu compensiren oder das Gezahlte zu retiniren.

namentlich dadurch, daß der Hauptschuldner dem beklagten Bürgen seine exceptiones abtritt. Somit liegt in der Ausdehnung dieser Exceptionen Nichts weiter, als eine Anwendung des Princips, welches dazu geführt hatte, in den l. 38 §. 1 D. mand. aufgezählten Fällen eine Klage des Bürgen auf Befreiung vor der Zahlung zuzulassen. Dieses Princip einmal vorausgesetzt bedarf es nur der Anknüpfung an die über actiones utiles geltenden Grundsätze, um in derselben Weise, wie bei den Klagen, auch die Exceptionen demjenigen unmittelbar zu geben, der auf Cession derselben klagen könnte. Nur war das Verfahren bei Exceptionen leichter, weil hier der Prätor freie Hand hatte; darum mochte man dieß früher als bei den Klagen zugelassen haben und so erklärt sich auch, daß nirgends unter den Fällen, wo der Bürge vor der Zahlung klagen kann, mit aufgezählt wird[36]) der Fall, wo vom Gläubiger die Klage gegen ihn erhoben ist. In diesem Falle werde ihm unmittelbar durch den Prätor geholfen, indem dieser ihm die Exceptionen des Hauptschuldners verlieh[37]) ohne daß es der Weitläufigkeit einer Klage gegen den Hauptschuldner bedurfte. —

Das Bisherige gilt von dem Regreßverhältnisse des Bürgen, einerlei ob es mit der actio mandati oder negotiorum gestorum geltend gemacht wird. Denn obgleich in unsern Quellen nur von der actio mandati in dieser Beziehung die Rede ist, so muß doch, wie unten zu zeigen, ganz dasselbe auch von der actio negotiorum gestorum gelten. —

---

36) Doch deutet darauf hin, was in l. 10. §. 12. und l. 29. §. 2. gesagt wird; der Sinn dieser Entscheidungen entspricht ganz dem im Text Angenommenen.

37) Auf diesen einfacheren Weg geht es, wenn Julianus in l. 24 D. 39. 5. und Marcianus in l. 29 D. 44. 1. ein Gewicht darauf legen, die exceptiones des Hauptschuldners sollten dem Bürgen auch invito reo gegeben werden.

Damit aber der Prätor eine Exception des Hauptschuldners dem Bürgen geben konnte, war es nöthig (und dasselbe ist nöthig, damit heutzutage der Bürge die Exceptio habe), daß der Hauptschuldner diese Exceptio auch einer Klage gegen den Bürgen entgegensetzen könne. Es versteht sich daher von selbst, daß der Hauptschuldner ein Interesse haben muß, daß auch der Bürge nicht ausgeklagt werde. Dieses Erforderniß freilich ist immer in den hier besprochenen Fällen vorhanden, weil wir eben ein Regreßverhältniß des Bürgen voraussetzen. — Aber auch gesetzt, daß der Hauptschuldner ein solches Interesse habe, so kann ihm doch die Möglichkeit, die Befugniß fehlen, diese Exceptio gegen die Ausklagung des Bürgen zu gebrauchen. Darum hilft dem Bürgen diejenige Exceptio Nichts, die auf des Hauptschuldners Person beschränkt ist, so daß er sie nur der Klage gegen s e i n e P e r s o n opponiren kann. Dieß ist der Fall, wenn der Hauptschuldner mit dem Gläubiger ein pactum de non petendo i n p e r s o n a m abgeschlossen hat. Dann kann er dem Bürgen nur eine exceptio abtreten, deren Inhalt ist, daß e r — der Hauptschulder — nicht ausgeklagt werde; dieß aber hilft dem Bürgen Nichts; denn für ihn handelt es sich nur darum, ob e r, der Bürge, belangt werden dürfe. — Aus demselben Grunde kann ferner dem Bürgen das beneficium competentiae des Hauptschuldners Nichts nützen [38]).

Dieses Princip gilt gleichmäßig für alle Arten von Exceptionen, mögen sie peremtorischer oder dilatorischer Natur sein, mögen sie gänzliche oder nur theilweise Befreiung zum Zweck haben. Nur ist es im letztern Falle nöthig, daß die Regreßklage des Bürgen von dieser Exception frei sei; denn, wird dieselbe dadurch gleichfalls auf theilweisen Ersatz herabgesetzt, so fehlt das Interesse des Hauptschuldners oder, was

38) L. 24 pr. l. 41 pr. D. 42. 1.

dasselbe, der Regreß des Bürgen erstreckt sich nicht auf diesen Theil der Schuld — also auch nicht die Wirkung dieses Regresses [39]).

Ebenso versteht sich von selbst, daß eine dilatorische Einrede des Hauptschuldners dem Bürgen dann nicht gegeben werden kann, wenn derselbe auch der Regreßklage des Bürgen entgegensteht. Denn der Hauptschuldner hat in diesem Falle kein Interesse dabei, daß der Gläubiger auch dem Bürgen gegenüber mit der Klage warte. Darum hilft dem Bürgen ein dem Hauptschuldner ertheiltes Moratorium Nichts; denn dasselbe muß ja den Hauptschuldner auch gegen den Regreßanspruch des Bürgen während der Anstandsfrist schützen; also fehlt das nöthige Interesse des Hauptschuldners.

Endlich folgt aus unserer Auffassung, aus der Annahme einer zu fingirenden Uebertragung, daß diese Einreden, welche der Bürge nur wegen seines Regreßverhältnisses hat, demselben lediglich unter der Voraussetzung zustehen können, daß der Hauptschuldner sie noch jetzt hat — wo sie auf den Bürgen übertragen werden sollen. Denn erst jetzt, wo der Bürge belangt wird, hat er ein Recht, die Uebertragung zu verlangen — also kommt Alles auf diesen Zeitpunkt an. Hat der Hauptschuldner jetzt die Exceptio nicht mehr oder steht derselben eine Replicatio entgegen — z. B. nachdem der Hauptschuldner ein pactum de non petendo geschlossen, schließt er später ein pactum de petendo — so hilft die Exceptio z. B. im angeführten Falle die exc. p. de n. p. dem Bürgen Nichts. So entscheidet auch ganz consequent Paulus in l. 27 §. 3 D. 2. 14. Durchaus verkehrt ist es, hiergegen einzuwenden, das einmal Erworbene — also die dem Bürgen erworbene Exceptio könne ihm nicht wider seinen Willen genommen werden; denn die Exceptio ist ihm ja eben erst in dem Augenblicke erworben, wo der

39) So entscheidet auch Paulus in l. 58 §. 1 cit. hinsichtlich des Gläubigers, der zu dem Nachlasse seine Zustimmung nicht gegeben hat.

Gläubiger gegen ihn klagt. Man beruft sich für die Anwendung jenes Gesichtspunkts auf unsre Frage gewöhnlich auf l. 62 D. 2. 14. (von Furius Anthianus). Allein eben, weil hier eine dem Bürgen erworbene (acquisita) exceptio vorausgesetzt wird, dürfen wir annehmen, daß in l. 62. cit. zur Zeit des pactum de petendo die exc. p. d. n. p. bereits in die Formel für den Bürgen ersetzt war. Wollte man aber auch vollständigen Widerspruch zwischen l. 62 und l. 27 §. 3 annehmen, so müßte die Natur der Sache entscheiden und dann müßte die Ansicht des Paulus für die richtige erklärt werden. —

§. 40.

Besondere Schwierigkeit macht ein Fall, den man leicht hierher rechnen könnte, der Fall, wo der Hauptschuldner in integrum restitutio erlangt[40]). Ist in diesem Falle der Bürge regreßberechtigt, so kann er vermöge dieses Regresses nach den bisher dargestellten Grundsätzen eine Exceptio auf Grund dieser int. rest. verlangen, d. h. der Hauptschuldner muß ihm seine Restitution cediren[41]); diese Cession wird aber als schon geschehen angenommen. Daß die Restitution rein persönlicher Natur ist, steht dem Gesagten nicht entgegen; denn aus dieser persönlichen Natur folgt Nichts weiter, als daß der Hauptschuldner allein restituirt ist und daß also der Bürge die Exceptio nur aus der Person des Hauptschuldners hat; dieß stimmt ja aber ganz mit der eben gegebenen Darstellung überein. Daß die Restitution den Hauptschuldner bloß gegen Angriffe schützen solle, die unmittelbar gegen seine Person, nicht auch gegen solche, die unmittelbar zwar gegen einen Andern, z. B.

---

40) Hinsichtlich der exc. metus oder doli wegen einer durch Zwang oder Betrug begründeten Schuld gelten die oben Kap. 3. aufgestellten Grundsätze. —

41) Savigny Syst. Bd. VII. S. 222.

den Bürgen, mittelbar aber gegen ihn, den Restituirten, gerichtet würden, das folgt nicht aus der Persönlichkeit der in int. restitutio und also kann dieses Rechtsmittel allerdings aus der Person des Hauptschuldners dem Bürgen gegeben werden.

Allein der Hauptschuldner kann sich, indem er sich hinsichtlich des Hauptgeschäfts restituiren läßt, zugleich gegen den etwaigen Regreß des Bürgen restituiren lassen. — Wie verhält es sich alsdann mit dem Bürgen — kann er sich dann noch dem Gläubiger gegenüber auf die Restitution des Hauptschuldners berufen? Diese Frage ist bis jetzt aufgespart worden, weil sich jetzt erst beurtheilen läßt, ob sie unter eines der Principien fällt, welche wir für die Ausdehnung der Exceptionen auf den Bürgen aufgestellt haben. Das Beneficium excussionis wird den Bürgen in diesem Punkte nur selten zur Berufung auf die Restitution berechtigen können, und wenn es ihn berechtigt, so wird er desselben nicht bedürfen; denn berechtigt durch das Beneficium könnte er nur in dem Fall sein, wenn der Gläubiger die Restitution selbst verschuldet hätte; allein gerade der Fall des Betrugs und Zwangs gibt dem Hauptschuldner ohne Weiteres eine Exceptio, die, wie oben bemerkt, dem Bürgen ebenso nothwendig zustehen muß, als er für eine vom Anfang ganz ungültige Hauptschuld nicht haftet. —

Aber eben damit ließe sich der Fall der Restitution überhaupt vergleichen, weil doch der Grund zur Restitution schon Anfangs vorhanden ist, also gleichfalls eine Hauptschuld vorzuliegen scheint, welche den Keim ihrer Ungültigkeit schon in sich trägt. Durch diese Auffassung würde man dahin kommen, dem Bürgen das Recht zu geben, statt des Hauptschuldners, aber aus dessen Person — mit Hinweis auf einen für diesen vorliegenden Restitutionsgrund, z. B. wegen dessen Minderjährigkeit um Restitution nachzusuchen. — Allein dieß würde doch schon mit dem Wesen der Restitution, welche eben im

Gegensatze zu einer exceptio als erst durch obrigkeitliche Thätigkeit entstanden angesehen wird, schwerlich zu vereinigen sein. Außerdem aber würde dieser Auffassung [42]) hier auch noch ein anderer Grund entgegenstehen — ein Grund, der zugleich beweist, daß der Satz: daß mit Aufhebung der Hauptschuld auch die Bürgschaft erlösche, wenn er überhaupt in solcher Allgemeinheit angenommen gewesen wäre, wenigstens auf diesen Fall von den Römischen Juristen nicht angewendet worden sei. —

Dieser Grund liegt in dem unbezweifelten Satze, daß die Restitution dem Bürgen zwar nützen könne, aber nicht nothwendig nützen müsse, welcher Satz aus den unten angeführten Entscheidungen und schon aus der oben angeführten Nothwendigkeit hervorgeht, daß sich der Hauptschuldner auch gegen den Bürgen müsse restituiren lassen. Wenn nämlich dem Bürgen nothwendig die Restitution zu einer Exceptio berechtigte, so würde seinem Regresse in der Regel schon entgegengesetzt werden können, daß er durch Vorschützen dieser Exceptio sich hätte schützen können. —

Vorausgesetzt aber, daß der Bürge nur unter Umständen sich auf die Restitution des Hauptschuldners berufen dürfe, was wohl einstimmig anerkannt wird, so ist damit die Möglichkeit abgeschnitten, die Analogie von der anfänglichen oder spätern Ungültigkeit der Hauptschuld hierher zu ziehen. Denn der Satz, daß die Bürgschaft eine gültige Hauptschuld voraussetze, steht in so nothwendigem Zusammenhang mit dem Wesen unseres Instituts, daß ohne eine solche gültige Hauptschuld gar keine Bürgschaft vom Rechte anerkannt werden kann. Das heutige Recht kann zwar in diesem Falle den Vertrag unter

42) Ausführliche Widerlegung hat dieser Ansicht gewidmet Burchardi (Wiedereins. Gött. 1831 S. 408 ff., wo auch Anm. 51 die Anhänger dieser Ansicht genannt sind). Ueber die hier besonders wichtige l. 7 §. 1 D. de except. s. dens. a. a. O. S. 206 ff.

Umständen als Schenkung aufrecht erhalten, das Römische Recht dagegen mußte nothwendig eine Fidejussio in diesem Falle für gänzlich unwirksam erklären; die Aufrechterhaltung einer solchen Stipulation als Schenkung war unmöglich. Da nun doch nach l. 13 pr. D. de min. der Fidejussor, welchen der Gläubiger eben gegen die Restitution eines Minor hat schützen wollen, aus seiner Fidejussio haften soll, so ist damit die Analogie, welche man von dem Erforderniß einer gültigen Hauptschuld hernehmen könnte, als hier unanwendbar ausgeschlossen.

Dasselbe muß aber auch für den andern Satz, daß die Bürgschaft mit Untergang der Hauptschuld erlösche, gelten [43]). Wollten wir auch von der oben versuchten Widerlegung desselben absehen und den Satz in der gewöhnlichen Fassung annehmen, so könnte doch für unsre Frage Nichts aus demselben hergeleitet werden. Zwar liegt das Richtige dabei zu Grunde, daß der Hauptschuldner erst wirklich restituirt sein muß, damit diese Restitution auch dem Bürgen nütze, aber dieß läßt sich eben wegen der angeführten Entscheidung Ulpian's auch durch jenen Satz nicht vermitteln; denn derselbe würde ebenso wenig wie der kaum erwähnte, eine Dispositivbestimmung sein, weil er gleichfalls auf das Wesen der Bürgschaft, d. h. auf ihre accessorische Natur gestützt werden müßte — also ebenso wenig durch den Willen des Fidejussor's ausgeschlossen werden könnte. Auch von diesem Gesichtspunkte können daher die Römischen Juristen nicht ausgegangen sein; sonst hätte Ulpian in l. 13 pr. cit. die Fidejussio, von der er dort spricht, für gänzlich unwirksam erklären müssen. —

Da aus dem Bisherigen sich für unsern Fall die Unanwendbarkeit sämmtlicher im R. R. anerkannten Principien ergibt, woraus es die Ausdehnung eines dem Hauptschuldner zustehenden Schutzes auf den Bürgen zuläßt, so bleibt uns (wenn wir

43) Von diesem Satze geht Burchardi a. a. O. S. 570 aus.

überhaupt die Frage nach allgemeinen Principien beurtheilen wollen und wir haben keinen Grund, die hierher gehörigen Bestimmungen des Röm. Rechts als Singularitäten zu betrachten) Nichts übrig, als die Behauptung aufzustellen: wenn der Bürge überhaupt nicht im Regreßverhältnisse zu dem restituirten Hauptschuldner gestanden hat oder wenn der letztre gegen den Regreß des Bürgen restituirt worden ist, so kann sich dieser gar nicht auf die Restitution des Hauptschuldners berufen.

Eine andere Frage aber ist, ob nicht der Bürge alsdann aus seiner eignen Person Restitution erlangen könne mit Rücksicht auf die dem Hauptschuldner ertheilte. Eine solche Restitution wird ihm unter Umständen allerdings zu gewähren sein, wie namentlich dann, wenn er in entschuldbarem Irrthum über den Restitutionsgrund, z. B. über die Minderjährigkeit des Hauptschuldners sich befand.

Da dieß mit allgemeinen Grundsätzen über die Restitution wegen Irrthums zusammenhängt, so bedarf es für die Zulässigkeit dieser Restitution in unserm Falle gar keiner besondern Aussprüche des positiven Rechts. Um so auffallender ist es, daß man in einer Entscheidung Papinian's [44]) den Beweis hat finden wollen, daß der Bürge niemals auf die Restitution des Hauptschuldners den Anspruch stützen könne, daß auch er restituirt werde. Papinian, sagt man, stütze in dem von ihm besprochnen Falle das Recht des Bürgen, Restitution gegen die von einem Minor contrahirte Hauptschuld zu erlangen, darauf und nur darauf, daß der Bürge Erbe des Hauptschuldners geworden sei. — Dabei soll gemeint sein ein Bürge, welcher dem Gläubiger gerade auch für den Fall der Restitution Sicherheit versprochen hat; denn das sollen die Worte: sine

44) l. 95 §. 3 D. de sol. (vgl. oben §. 37).

contemplatione juris Praetorii heißen. Wären diese Worte so zu verstehen, so wäre es nur um so weniger zu verwundern, daß der Bürge nicht selbst die Restitution erlangen könnte, weil dann von keinem entschuldbaren Irrthume die Rede sein könnte. Allein es ist oben mit Rücksicht auf den ganzen Zusammenhang der Stelle gerade das Gegentheil als Sinn jener Worte angenommen worden, daß der Bürge nämlich bei seiner Verbürgung nicht an die Möglichkeit einer Restitution gedacht habe (sine contemplatione juris Praetorii). Nach dieser Interpretation könnte also allerdings nach unserm Principe der Bürge einen Anspruch auf Restitution haben. Allein man darf nicht übersehen, daß in der angeführten Stelle vorausgesetzt wird, der Bürge habe den Minderjährigen beerbt. Die nächste Frage war daher, ob nicht die Bürgschaft durch Confusio untergegangen sei. Papinian bejaht diese Frage. Dadurch, daß dieselbe bejaht — also die Bürgschaft für erloschen erklärt war — dadurch wurde der Bürge allein auf seine Eigenschaft als Erbe verwiesen und wenn ihm nur als solchem die Restitution zustehen soll, so hat dieß seinen Grund einfach darin, daß seine Eigenschaft als Bürge gar nicht mehr existirt.

Allein es lassen sich zum Ueberfluß Stellen anführen, welche gerade für unsern Fall in der Weise sprechen, als bedürfe es noch einer besondern Restitution des Bürgen. So namentlich in der schon angeführten l. 13 pr. de min., wo Ulpian sagt: In causae cognitione versabitur, an soli ei (sc. minori) succurrendum sit, an etiam fidejussoribus (also richtet er die Frage auf die Zulässigkeit einer besondern Restitution des Bürgen) und ferner: non est aequum, fidejussori in necem meam subveniri. Ebenso gebraucht Paulus (S. R. I. 9. 6.) das Wort succurrere in Beziehung auf unsre Frage, ein Ausdruck, der gleich wie subvenire meist bei der Restitution angewandt wird. Beide Juristen schließen

dieses succurrere oder subvenire aus für den Fall der wissentlichen Verbürgung für einen minor, also soll bei irrthümlicher Eingehung der Bürgschaft eine außerordentliche Rechtshülfe, auf welche jene Ausdrücke hindeuten, zulässig sein[45]).

Freilich ist nicht zu läugnen, daß in der angeführten l. 13 Ulpian nicht das einfache Wissen des Bürgen als Grund, ihm die Restitution zu versagen hervorhebt, sondern die Verbürgung zur Sicherung gegen Restitution des Hauptschuldners. Diese Begründung würde sich aber besser eignen für den Fall, wo der Hauptschuldner nicht gegen den Regreß des Bürgen restituirt ist, wo ihm also um dieses Regresses willen die Restitution cedirt werden muß. Für diesen Fall wäre es ganz am Platze, hervorzuheben, wie Ulpian thut, daß der Bürge gerade gegen dieses Rechtsmittel, daß ihm jetzt cedirt werden soll, den Gläubiger sicher gestellt hat, sich also von diesem, falls er sich desselben bedienen wollte, die replica doli gefallen lassen müßte. Allein da Ulpian unmittelbar darauf sagt: sed potius ipsi (sc. fidejussori) deneganda erit mandati actio, also dem Bürgen den Regreß ganz abspricht oder wenigstens dem Hauptschuldner gegen diesen Regreß restituirt wissen will, so muß diese Erklärung verworfen und vielmehr angenommen werden, daß Ulpian den von ihm besprochnen Fall nur als ein Beispiel wählte, wo die Unbilligkeit, dem Bürgen zu helfen, recht einleuchten müsse.

Die andre Stelle (Paulus S. R. I. 9. 6.) legt ganz im Einklange mit dem oben aufgestellten Principe das Gewicht lediglich auf die Kenntniß des Bürgen von dem Restitutionsgrunde. War diese vorhanden, so soll dem Bürgen die Resti-

45) Dieser Ausdruck enthält daher schon für sich allein eine Beschränkung auf die Voraussetzungen der Restitution. Demnach sind allgemein gefaßte Aussprüche, wie in l. 15 pr. D. III. 3. l. 89 D. 29. 2. l. 2 §. 1 D. 26. 7., eben wegen des Wortes succurrere, subvenire in beschränktem Sinne zu nehmen. —

tution Nichts helfen, also kann sie ihm nur helfen, wenn er den Restitutionsgrund nicht kannte. — Andre Stellen (c. 1. 2. C. II. 24.) enthalten geradezu den Satz: die Restitution des Hauptschuldners für sich allein befreit den Bürgen nicht.

Die oft hierher gezogne Entscheidung Papinian's in l. 95 §. 3 D. de sol., von welcher bereits mehrfach die Rede gewesen ist, berührt unsre Frage unmittelbar gar nicht. Daß der Bürge wegen der Restitution lediglich auf seine Eigenschaft als Erbe des Hauptschuldners verwiesen wird, hat seinen Grund allein in der eingetretnen Confusio, welche die Bürgschaft gänzlich aufgehoben hatte, so daß von der Eigenschaft des Bürgen als Bürgen gar nicht mehr die Rede sein konnte. Nur könnte nach der oben gegebnen Erklärung der Worte: sine contemplatione juris Praetorii eine Bestätigung unserer Ansicht in sofern darin gefunden werden, als die Fidejussio eben wegen des entschuldbaren Irrthums, in welchem sich der Bürge befunden hatte, und weil ihm deßhalb gleichfalls die Restitution zu Gute kommen muß, nicht als plenior causa erscheinen konnte und darum als aufgehoben durch die Confusio bezeichnet werden mußte.

Zweierlei wurde im Bisherigen als wesentliche Voraussetzung für die Restitution des Bürgen verlangt: erstens die geschehene Restitution des Hauptschuldners, zweitens ein entschuldbarer Irrthum des Bürgen, in welchem derselbe bei Eingehung der Bürgschaft rücksichtlich des Restitutionsgrundes befangen war.

Dadurch unterscheidet sich daher die Auffassung wesentlich von der frühern Ansicht, wonach der Bürge, ehe noch der Hauptschuldner restituirt worden, sich auf den Restitutionsgrund desselben soll berufen und an seiner Statt die Restitution soll erlangen können.

Siebentes Kapitel.

Nebenfragen.

---

§. 41.

Es ist oben an die Spitze dieser dogmatischen Darstellung der Satz gestellt worden, daß die charakteristische Seite unsers Instituts liege in dem Verhältnisse des Bürgen dem Gläubiger gegenüber. Das Verhältniß desselben zum Hauptschuldner (sofern der Bürge wirklich in einem obligatorischen Verhältnisse zu demselben steht) ist entweder das Mandatsverhältniß oder das des negotiorum gestor zum dominus negotii; die Grundsätze über dieses Verhältniß müssen daher aus der Lehre von Mandat und aus der Lehre von der negotiorum gestio genommen werden. In einer Lehre von der Bürgschaft kann daher nur nebenbei auf einzelne Fragen dieses Verhältnisses eingegangen werden. Eine solche Nebenfrage ist die Frage, in welchem Zeitpunkte der Bürge das Mandat oder unter welcher Voraussetzung die negotiorum gestio gegen den Hauptschuldner geltend machen könne. —

Vor Allem muß dabei in's Auge gefaßt werden, daß das Mandat und die negotiorum gestio nicht erst durch die Zahlung, sondern schon durch die Verbürgung ausgeführt werde. Die Zahlung geschieht erst in Folge der übernommenen Bürgschaftsverpflichtung. Nicht um des Mandats willen — auch nicht um das negotium des Hauptschuldners zu führen, zahlt der Bürge, sondern weil er als Bürge dazu gezwungen werden

kann. Man könnte demnach mit Rücksicht auf die Entscheidungen in l. 45 D. mand. zu der Annahme verleitet werden, schon die Eingehung der Bürgschaft (und zwar von dem Augenblicke an, wo sie geschah) berechtige den Bürgen, von dem Hauptschuldner seine Befreiung zu verlangen. Allein es fällt sofort in die Augen, daß dieß dem Zwecke unsres Instituts ganz widersprechen würde. Hätte der Hauptschuldner das Mandat zur Verbürgung gegeben, so könnte er einwenden, daß die Intention des Mandats keineswegs dahin gegangen sei, daß gleich nach Eingehung der Bürgschaft der Bürge auf Befreiung klagen dürfe. Wollte aber der Bürge als negotiorum gestor klagen, so wird in der Regel ihm entgegenstehen, daß ja seiner gestio die utilitas durch eine so unzeitige Klage auf Entlassung ganz genommen werde. Schon deßhalb können wir von vornherein vermuthen, daß die einzelnen Fälle [1]), in denen l. 38 §. 1 D. mand. und l. 10 C. 4. 35. eine Klage vor der Zahlung zulassen, nicht als Beispiele eines so allgemeinen Princips angesehen werden dürfen, sondern daß sie wohl in ihrer besondern Beschaffenheit den Grund einer derartigen ausnahmsweisen Behandlung tragen mögen. — Dieß darf jedoch nicht etwa so verstanden werden, als sei die Klage vor der Zahlung gerade nur auf diese speciell erwähnten Fälle zu beschränken. Vielmehr ist der Grund zu suchen, der in denselben gleichmäßig dem Bürgen ein Recht auf Befreiung gibt und danach ist dann zu bestimmen, in welchen andern Fällen dasselbe angenommen werden müsse.

Bei dieser Untersuchung muß als Grundlage festgehalten werden, daß die actio mandati contraria schon im Augenblicke der Verbürgung begründet ist [2]), daß ihrer sofortigen Anstel-

1) S. oben S. 219.

2) Vgl. l. 45. §. 5 D. mand.: Est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti cogimus eam praestari, judicio mandati, ita ex ea-

lung nur eine exceptio doli entgegenstehe, weil dieß der Intention des Mandats widersprechen würde. Gehen wir von dieser Ansicht aus, so ergibt sich als das gesuchte Princip: Der Bürge kann die actio mandati oder actio negotiorum gestorum in allen den Fällen mit Wirksamkeit gegen den Hauptschuldner auf Befreiung anstellen, wo den Umständen nach jene exceptio doli wegfallen muß. —

Dieses Princip paßt zunächst vollkommen auf jene in den Quellen speciell erwähnten Fälle. Wenn der Bürge bereits verurtheilt ist, wenn der Hauptschuldner mit der Bezahlung der Schuld ungebührlich zögert (si diu in solutione reus cessabit), wobei also der Zahlungstermin als längst abgelaufen anzunehmen ist — so kann in diesen Fällen der Hauptschuldner die Regreßklage des Bürgen unmöglich als vertragswidrig bezeichnen. In dem dritten Falle, wenn der Hauptschuldner anfängt, sein Vermögen zu verschwenden, läuft der Bürge Gefahr, seinen Regreßanspruch oder doch dessen factische Wirksamkeit zu verlieren und um dieser Gefahr willen und weil der Bürge eben mit Rücksicht auf das Regreßverhältniß sich zur Bürgschaft verstanden hat, kann ihm keine exceptio aus der Intention des Mandats entgegengesetzt werden, auch wenn die Klage ohne diese Gefahr als unzeitig bezeichnet werden müßte. — Daß dieß übrigens nur Beispiele — freilich die nächstliegenden und häufigsten — für eine allgemeine Regel sein sollten, ergibt sich schon aus der ganzen Fassung der l. 38 §. 1 cit.[3]) und daraus, daß der eine Fall (si diu in solutione reus cessabit) in der andern Stelle (l. 10 C. 4. 35.) gar nicht erwähnt ist[4]).

---

dem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemus. —

3) Der erst erwähnte Fall (Verurtheilung des Bürgen) wird als sich von selbst verstehend, als der Zahlung ganz analog hingestellt.

4) Vgl. auch l. 10 §. 12. l. 29 pr. §. 2 D. mand.

Daher konnten wir schon oben unser Princip anwenden, um daraus die Ausdehnung der dem Hauptschuldner zustehenden Exceptionen auf den regreßberechtigten Bürgen zu erklären. Daß nämlich der Bürge auf Befreiung klagen kann, wenn er verurtheilt ist, kann nur darin seinen Grund haben, weil durch das Urtheil die Verpflichtung, jetzt zu zahlen, festgestellt ist. Versetzen wir uns aber in den Anfang des Processes, so sind nur zwei Fälle denkbar. Entweder besitzt der Bürge hinreichende Vertheidigungsmittel, oder glaubt doch, sie zu besitzen — dann ist für ihn gar kein Bedürfniß zum Regresse gegen den Hauptschuldner vorhanden und ebenso wenig wird er auf Ausdehnung der diesem zustehenden Exceptionen Anspruch machen. Oder er hat keine Vertheidigungsmittel, wenigstens keine ausreichenden; in diesem Falle wird er nicht einen vergeblichen Proceß führen, sondern sofort seine Verpflichtung anerkennen und durch confessio in jure sich einem Verurtheilten ganz gleichstellen. Da ihm nur dieser Weg geöffnet ist, so steht dieser Fall dem Verurtheiltsein im Wesentlichen gleich und der Bürge muß schon jetzt, wo er belangt ist, auf Befreiung klagen dürfen. Allein es kann sich treffen, daß in einem solchen Falle der Hauptschuldner für seine Person Exceptionen hat, vermöge deren er, wenn er überhaupt Gelegenheit hätte, dieselben geltend zu machen, den Gläubiger zwingen könnte, daß er auch den Bürgen in Ruhe lasse. Dann würde es unbillig sein, den Hauptschuldner zur Zahlung anzuhalten. Er kann dem Bürgen erwiedern: Dir kann nur daran liegen, daß Du nicht zur Zahlung gezwungen werdest. Dieses Resultat läßt sich aber auch dadurch erreichen, daß ich Dir meine Exceptionen übertrage. Also nur diese Exceptionen kann, im Falle der Hauptschuldner dergleichen hat, der Bürge von ihm cedirt verlangen. Da aber einmal dieser Anspruch anerkannt ist, so wird die Cession als geschehen angenommen.

Ferner kann als ein solcher Fall — analog dem der Verschwendung — betrachtet werden, wenn der Hauptschuldner von seinem jetzigen Aufenthalte auswandern will, wodurch er den Regreß des Bürgen sehr erschweren würde. Zwar steht in diesem Falle dem Bürgen auch die provocatio ex l. si contendat gegen den Gläubiger zu — allein dieses Rechtsmittel setzt voraus, daß der Bürge die Exceptio excussionis habe (denn eben nur wegen des drohenden Verlustes derselben kann er provociren), was wegen des regelmäßigen Verzichts auf dieselbe nur selten vorkommt.

Freilich handeln die Aussprüche des positiven Rechts, welche im Bisherigen zu Grunde gelegt wurden, zunächst nur von dem im Mandatsverhältniß stehenden Bürgen. Allein es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß dasselbe auch gelten müsse von Demjenigen, der durch seine Bürgschaft das negotium des Hauptschuldners gerirt hat. Einen positiven Anhalt für diese Gleichstellung haben wir in l. 45 §. 2 cod., wo Dem, der durch Expromission negotia gerirt hat, noch vor der Zahlung eine Klage auf Befreiung oder Sicherstellung gegeben wird. Auch liegt es ja in der Natur der Sache, daß auch der negotiorum gestor in jenen Fällen auf Befreiung klagen könne; denn das Einzige, was ihm entgegen gesetzt werden könnte, wäre der Mangel an utilitas seiner gestio. War diese utilitas aber nur sonst mit der Eingehung der Bürgschaft verbunden, so kann sie durch eine Klage unter den oben gedachten Voraussetzungen nicht ausgeschlossen werden.

§. 42.

Eine hierher gehörige Frage betrifft den Regreß durch die vom Gläubiger cedirte Klage. Es ist oben bemerkt worden, wie der beklagte Bürge diese Cession nur unter der Voraussetzung verlangen könne, daß der Gläubiger die Klage noch

habe. Unter dieser Voraussetzung kann er dann aber die Klage mit allen ihren Vortheilen verlangen, auch mit der Hypothek, durch welche sie gesichert ist[5]). Ja dieß ist gerade eine Möglichkeit, durch welche dieser Weg des Regresses vor den bisher besprochnen des Mandats und der actio negotiorum gestorum den Vorzug haben und also auch neben diesen Wegen dem in einem solchen Regreßverhältnisse stehenden Bürgen von Nutzen sein kann.

Nur muß in Bezug auf Uebertragung der Hypothek noch bemerkt werden, daß hier wie bei dem Rechte auf Cession überhaupt zu Grunde liegt die Voraussetzung, daß der Gläubiger durch die Cession in keiner Weise Schaden leide. Wenn daher die Hypothek noch für andre Forderungen — oder für die ganze Forderung bestellt ist, während der Bürge nur für einen Theil angenommen wurde, so kann dieser die Abtretung der Hypothek nur unter der Voraussetzung verlangen, daß er in jenem Falle auch die andern Forderungen, in diesem die ganze Schuld bezahle[6]). Ja wir dürfen wohl noch weiter gehen und

5) l. 2. C. 8. 41.

6) Joh. a Sande decis. III. 10. def. 6. Will sich freilich der Bürge gefallen lassen, daß der Gläubiger hinsichtlich der übrigen Forderungen eine vorgehende Hypothek habe, so wird sich dieser damit begnügen müssen. — Von einer ganz irrigen Voraussetzung, nämlich, daß das Recht auf Cession sich gründe darauf, „weil der Bürge sich mit Bezug auf das Pfand verbürgt habe“, geht aus Knorr im Archiv f. civ. Pr. XXVIII. Nr. 8. S. 167 ff. und kommt auf diese Weise zu dem unrichtigen Resultate, die Abtretung der Hypothek könne nicht verlangt werden, wenn dieselbe erst nach geleisteter Bürgschaft bestellt worden — denn „die Pfandbestellung sei ja dann für den Bürgen res inter alios acta“! — Auch das kann nicht zugegeben werden, daß der Gläubiger bloß wegen gleichstehender oder vorzüglicherer Pfandrechte die Cession verweigern könne (im letztern Falle hätte er nicht einmal ein Interesse an dieser Verweigerung), sondern dasselbe muß auch von nachstehenden gelten;

behaupten, daß in dem Falle, wo der Gläubiger im Besitze des Pfandes ist, er das Retentionsrecht, welches ihn gegen den Hauptschuldner zusteht, auch gegen den Bürgen ausüben dürfe, vorausgesetzt, daß dieser den Besitz des Pfandes und nicht bloß die Hypothek verlangt. —

Die wichtigste Seite dieser Erörterung des Regresses durch die vom Gläubiger cedirte Klage ist die Frage nach der Zeit, zu welcher dieselbe geschehen müsse. Soviel ist außer Zweifel, daß sie vor der Zahlung und nach der Zahlung unter der Voraussetzung geschehen könne, daß bei derselben dieß ausbedungen worden. Von jeher aber ist es sehr bestritten gewesen (S. 217 f., 251 ff.), ob die Cession auch nach der Zahlung, ohne daß es ausbedungen worden, zuläßig sei.

Für die Ansicht, daß nur dann die Cession noch nach der Zahlung vor sich gehen könne, wenn dieß bei der Zahlung ausgemacht worden, führt man als äußern Grund an eine Stelle des Modestinus l. 76 D. de solutione (46. 3.). Die entgegenstehende l. 36 D. de fidej. (von Paulus), in welcher ganz allgemein die Cession auch nach der Zahlung zugelassen wird, suchte man dadurch zu beseitigen, daß man die letztre im Einklang mit l. 76 von einem Falle versteht, wo der Bürge bei der Zahlung sich die Cession vorbehalten habe.

Dieß ließe sich allenfalls rechtfertigen, wenn beide Stellen von Zahlung des Bürgen sprächen; allein l. 76 handelt von der Zahlung eines von mehreren Mitvormündern; ebenso die entsprechende l. 1 Cod. V. 58. Diese letztre Entscheidung ohne Weiteres auch auf den zahlenden Bürgen auszudehnen, wäre schon an sich bedenklich, noch mehr aber wegen der entgegenstehenden l. 36. — Da diese letztre Stelle ausdrücklich von

---

denn da sie in derselben Person vereinigt sind, so hängt es von dieser ab, ob er sie zuerst in Ausübung bringen will, etwa weil ihm die andern Forderungen mit besserem Pfandrechte sicherer erscheinen. —

der Bürgschaft redet und ohne Beschränkung die Cession nach der Zahlung zuläßt, so dürfte vielmehr das Uebergewicht der äußern Gründe auf die Seite der freieren Ansicht fallen.

Weit bedeutender dagegen scheint der innere Grund zu sein, der auch schon in jener Stelle des Modestinus hervorgehoben wird. — Man sagt, eine Cession könne darum nach der Zahlung nicht verlangt werden, weil alsdann kein Object der Cession mehr existire, also die Cession verlangen etwas Unmögliches verlangen heiße. — Wenn freilich eine besondre Erklärung des Bürgen über diesen Punkt der Zahlung vorausgegangen sei, dann werde die Zahlung als Leistung des Kaufpreises für die Klage ausgelegt und so die nachherige Cession als entsprechende Gegenleistung des Kaufobjects ermöglicht.

Dieses Räsonnement ist es hauptsächlich, wodurch man sich von jeher für diese Ansicht bestechen ließ und in der That scheint es auf den ersten Anblick unwiderleglich. —

Allein bei näherer Prüfung verschwinden die unübersteiglichen Hindernisse, die somit unsrer Ansicht entgegenzustehen scheinen. Es ist nicht davon die Rede, die Cession zu ermöglichen für einen Zeitpunkt, wo das Recht, das Object der Cession als untergegangen betrachtet; es ist vielmehr die Frage, ob das Recht im fraglichen Falle den Untergang der Hauptklage annehmen müsse oder ob es nicht immer, auch wenn der Bürge ohne Vorbehalt zahlt, den Fortbestand derselben fingiren müsse. Auf die Zahlung und ihre regelmäßige Wirkung kommt hier (bei einer Fiction) Nichts an; denn die Zahlung würde, auch wenn eine Erklärung, ein Vorbehalt ihr vorausgegangen, demungeachtet die zu cedirende Klage aufheben (auch die cedirte, wenn wir aus dem Vorbehalt einen Anspruch auf Cession herleiten und demnach die Cession als sofort geschehen annehmen wollten), wenn nicht das Recht in diesem Falle einen Kauf fingirte. Fingirte, denn die Absicht des Bürgen ist ent-

schieden nicht auf einen Kauf gerichtet, sondern auf Tilgung seiner Verbindlichkeit; auch würde die Annahme eines Kaufs — consequent durchgeführt — zu ganz unpassenden Entscheidungen führen [7]), es ist daher offenbar nur eine Fiction zu einem gewissen Zwecke, nämlich zur Vermittelung der Cession.

Nun brauchen wir gar nicht etwa eine Ausdehnung der Fiction von diesem einen Falle auf alle Fälle der Zahlung zu behaupten; die Sache steht einfacher. Wir haben eine Gesetzesstelle, welche dieselbe Fiction eines Kaufs für die Zahlung des Bürgen ganz im Allgemeinen anwendet. Es wäre nur der Einwand denkbar, daß dieser allgemeine Ausspruch allzu widersinnig, mit den allgemeinen Rechtsprincipien unvereinbar und daß er deßhalb nur im beschränkten Sinne zu verstehen sei; dieser Einwand muß also beseitigt werden. Um ihn zu beseitigen, soll im Folgenden nachgewiesen werden, daß der innere Grund jener Fiction ein weit allgemeinerer ist, als daß dieser dadurch sich auf den Fall eines geschehenen Vorbehalts beschränken ließe, ja daß, gesetzt auch Paulus in l. 36 spräche von demselben Falle, den Modestinus in l. 76 im Auge hat, wir doch berechtigt wären, die Entscheidung in diesem einzelnen Falle als eine allgemeine zu betrachten. —

Was ist der Grund jener Fiction? Zunächst natürlich das Bedürfniß, dem Bürgen seinen Regreß zu sichern, ein Bedürfniß, welches gleichmäßig bei jedem zahlenden Bürgen Platz greift. Einen speciellen Anknüpfungspunkt aber für die Fiction eines **Kaufs** gewährt jene Erklärung dadurch, daß in ihr der Wille ausgesprochen liegt, die Zahlung solle dem Regresse keinen Eintrag thun, sie solle vielmehr der Weg zu einem solchen sein. — Wenn nun auch das Recht meistens dem Willen nur Wirkung beilegt, sofern er ausdrücklich erklärt ist, so läßt sich

7) S. Schliemann, die Haftung des Cedenten, Rostock 1848, S. 90.

dieß doch nur als Regel aufstellen für Wirkungen, auf welche der Wille direct gerichtet ist. Wenn dagegen das Recht mit einer Willenserklärung eine von ihrem Inhalte irgend wie abweichende Wirkung verknüpft, so ist dabei die Erklärung nur als ein Umstand in Betracht gezogen, aus dem der betreffende Wille hervorgeht. Jeder andere Umstand, aus dem sich auf denselben Willen schließen läßt, muß daher hinsichtlich jener Wirkung die Stelle der Erklärung vertreten. In unserem Falle ist nun zunächst einleuchtend, daß die Erklärung des Bürgen: er begehre Cession der Klage — nicht mit der Erklärung, einen Kauf der Forderung abschließen zu wollen, identisch ist. Eben deßhalb mußte schon oben die Annahme eines Kaufs als Fiction bezeichnet werden. Für diese Fiction reicht es also hin, wenn nur der Wille, der in jener Erklärung unmittelbar ausgesprochen ist, aus andern Umständen hervorgeht. Wenn wir nun diesen unmittelbar ausgesprochenen Willen bezeichnet haben als den Willen, daß die Zahlung dem Regresse keinen Eintrag thue, vielmehr den Weg zu demselben bahnen solle, so muß auch jene Fiction jedem zahlenden Bürgen zu Gute kommen nicht nur im Falle eines Mandats oder einer negot. gestio, sondern auch wo kein derartiger Regreß offen steht, wie z. B. rücksichtlich der Mitbürgen. Immer ist bei dem Zahlenden der Wille vorauszusetzen, das Gezahlte wieder zu erlangen und zwar auf jede rechtlich mögliche Weise — darum auch der Wille, daß seine Zahlung auf jede Weise ausgelegt werden dürfe, wodurch ihm zu einem vortheilhaften Regresse verholfen werde.

Nur wenn der Bürge ausdrücklich den animus donandi gegen den Hauptschuldner erklärt hat, kann ein derartiger Wille nicht vorausgesetzt werden und demzufolge kann er in diesem Falle auch keine Cession mehr nach der Zahlung verlangen. Diesen Fall dürfen wir aber auch unbedenklich bei einem so

allgemeinen Ausspruche wie in l. 36 als ausgeschlossen anzunehmen, da in so vielen andern Stellen, wie z. B. hinsichtlich der Frage, welche Einreden dem Bürgen aus der Person des Hauptschuldners zustehen, die Römischen Juristen immer einen regreßberechtigten Bürgen voraussetzen. —

Das Resultat also, wozu wir gelangt sind, ist folgendes: Dem Bürgen kann auch, nachdem er gezahlt hat, die Klage gegen den Hauptschuldner oder Mitbürgen cedirt werden, auch wenn er sich dieß nicht vorbehalten hatte, ausgenommen wenn er sich animo donandi verbürgt hat (was der Hauptschuldner zu beweisen hat).

Es könnte scheinen, als ob der bisher erörterten Frage nur ein sehr geringes praktisches Interesse zukomme, da ja meist bei Eingehung einer Bürgschaft auch auf das ben. ced. actionum verzichtet werde.

Allein es fragt sich, ob der Verzicht in Beziehung auf diese Seite jenes Beneficium (auf die Seite des Regresses) irgend eine Wirkung äußern könne. Bei näherer Erwägung muß dieß offenbar verneint werden. — Soll der Verzicht ein obligatorisches Recht (beruhe es auf Vertrag oder auf gesetzlicher Bestimmung) aufheben, so muß der Verzicht in Form eines Vertrags geschehen, die Erfordernisse eines wirksamen Vertrags müssen also vorliegen. — Ein Vertrag erfordert u. a. zu seiner Gültigkeit, daß derjenige, welcher durch denselben berechtigt (sei es zu einem positiven Handeln oder zu einer Unterlassung) werden soll, ein Interesse dabei habe. Hier müßte also der Gläubiger, welchem gegenüber doch der Verzicht geschieht, ein Interesse an demselben haben, um sich auf ihn berufen zu dürfen. Nun kann aber der Gläubiger an einem solchen Verzichte wenigstens hinsichtlich des Regresses durchaus kein Interesse haben; ihm muß es, nachdem er befriedigt ist, ganz gleichgültig sein, ob seine Klage noch dem Bürgen für

seinen Regreß zu Gute komme. — So haben denn auch, wie im 2ten Buche erwähnt worden, die ältern Juristen wenigstens der Mehrzahl nach entschieden. —

Im Bisherigen wurde ganz abgesehen von den Umständen, unter denen der Bürge Zahlung leisten kann — ob er dieß freiwillig thut, oder ob erst nachdem er ausgeklagt worden. Auf diesen letzten Fall muß aber jetzt noch besonders eingegangen werden, weil bei diesem die Frage, ob durch Zahlung die Cession unmöglich werde und wann diese geschehen müsse, weit einfacher sich gestalten. Wird nämlich der Bürge vom Gläubiger ausgeklagt, so steht diesem die exceptio doli entgegen, falls er nicht zur Cession erbötig ist; er kann also in diesem Falle zur Cession gezwungen werden. Nun wissen wir aber, daß sich im Römischen Rechte nach und nach der Satz ausbildete, in den Fällen, wo die Cession erzwungen werden könne, solle sie als geschehen fingirt werden.

Wir finden diesen Satz zwar nur in einzelnen Entscheidungen[8]) anerkannt, nicht als allgemeine Regel aufgestellt; aber für das Justinianische Recht ist aus jenen Entscheidungen ein allgemeiner Grundsatz zu entnehmen; diese Befugniß kann hier so wenig, als in andern Punkten der Wissenschaft abgesprochen werden[9]). Nach diesem Satze hat also der Bürge

8) l. 16 pr. D. II. 14. l. 5 C. IV. 39. l. 7. 8. 9 C. eod. l. 1. 2 C. IV. 10. l. 5 C. IV. 15. l. 18 C. VI. 37. — 57 D. de leg. I.

9) Vgl. die vortreffliche Erörterung bei v. Savigny Obl. R. I. §. 23. 24. Gegen die Mitbürgen will derselbe (§. 25. S. 273 ff) das Recht auf Cession dem belangten Bürgen nicht zugestehen. Daß eine solche Unterscheidung aus innern Gründen folge, wird Niemand behaupten wollen; denn gerade dem Mitbürgen gegenüber mußte jene Hälfte von größrer Wichtigkeit sein, als hinsichtlich des Hauptschuldners. Zu letzterem wird der Bürge meist im Mandatsverhältnisse oder im Verhältnisse eines negotiorum gestor stehen, nicht aber zu dem Mitbürgen. Auch an äußrer Begründung fehlt es der Ausdehnung auf Mitbürgen

in dem Augenblicke, wo er zur Vorschützung der exceptio doli befugt ist, durch jene Fiction die Klage bereits cedirt erhalten.

---

nicht; denn — abgesehen von l. 36 de fid. — spricht l. 17. D. eod. ganz ausdrücklich von einer Pflicht des Gläubigers zur Cession der Klagen gegen die Mitbürgen. Ferner spricht l. 11 C. VIII. 41. statt für, vielmehr gegen v. Savigny. Im Anfange dieses Rescripts wird dem Bürgen ganz allgemein die actio adversus eum, qui una fidejussit abgesprochen. Wir müssen dabei als an das Nächstliegende, an eine Klage des Bürgen aus eigner Person denken, also an die actio neg. gest. oder mandati; vielleicht sollte mit Verweigerung der letztern gesagt sein, man dürfe nicht daraus, daß der Bürge gegen den Zutritt eines Mitbürgen keinen Einspruch gethan, auf ein stillschweigendes Mandat schließen (wie dieß beim Hauptschuldner geschehen würde). Diese Auslegung findet ihre Bestätigung in den folgenden Worten des Rescripts, durch welche ausdrücklich das Recht auf Klagencession anerkannt wird, auch dem Mitbürgen gegenüber; denn ohne Noth werden wir doch nicht annehmen, daß gleich im folgenden Satze auf einen andern Fall übergesprungen werde. Freilich ist von Cession der Pfandklage die Rede; aber konnte nicht auch der Mitbürge ein Pfand bestellt haben? — Dagegen führt v. Savigny folgende zwei Stellen an 1) l. 4 Inst. de fid. Allein er selbst gibt zu, daß diese Stelle mit unbedeutender Aenderung aus Gajus genommen sei (III. §. 122). Von Gajus aber können wir eine Berücksichtigung der oben erwähnten Fiction und ihrer Folgen noch gar nicht erwarten; was aber das Wichtigste — er spricht an jener Stelle zunächst (in den Worten: itaque — solvendo non sit) von dem Falle, wo der eine Bürge freiwillig gezahlt hat; erst mit den Worten: sed — a quo creditor — petit — geht er über auf den Fall der angestellten Klage. Demnach hatte weder Gajus im Sinne, dem Mitbürgen das Recht auf Cession gegen die andern abzusprechen (nur von dem Regreß aus der l. Apuleja spricht er), noch kann in der davon entlehnten Institutionenstelle die Absicht gefunden werden, etwas Neues zu verordnen (was nach v. Sav. der Fall wäre). 2) l. 39. D. 46 1. Auch in dieser Stelle wird dem zahlenden Bürgen nur die selbstständige Regreßklage (a. neg. gestorum) abgesprochen. Da wir aus l. 40. D. 17. 1. sehen, daß einige Juristen selbst dem, der gegen das ausdrückliche Verbot des Hauptschuldners sich verbürgt hatte, die a. n. g. utilis gaben, so liegt es nahe, an ähnliche Zweifel hinsichtlich der Mitbürgen

Daraus ergibt sich, daß es auf den Zeitpunkt der Zahlung und ob dabei die Cession ausbedungen werde, gar nicht ~~anerkennen~~ ankommen kann, da nach jener Fiction die Cession schon zu der Zeit geschah, wo ein Anspruch darauf bestand.

§. 43.

Eine zweite Klasse von Nebenfragen [10]) ist darum als solche zu bezeichnen, weil ihre Beantwortung andern Lehren entnommen werden muß und hier nur dazu dienen soll, unsre Lehre in schärfres Licht zu setzen.

Die folgende Darstellung betrifft nämlich Gestaltungen, welche unserm Institute nahe verwandt sind und daher leicht mit demselben verwechselt werden. Hierher gehört das sogen. Mandatum qualificatum. —

Es ist schon oben (B. I. Kap. 4.) erwähnt worden, wie eng die Römischen Juristen dieses Mandat an die Fidejussio anknüpfen, wie sie beide nur als verschiedne Formen für denselben Rechtsinhalt ansahen. Man könnte sich dadurch zu der Annahme verführen lassen, die Bezeichnung mandatum sei gar nicht im streng juristischen Sinne gemeint, allein wir sehen aus einzelnen Entscheidungen, daß allerdings die Grundsätze vom Mandat auch auf den Creditauftrag angewandt wurden. —

zu denken. Diese wollte Modestinus in l. 39 cit. beseitigen und vielleicht hatte auch Alexander in l. 11 Cod. cit. dieselben im Auge. Freilich setzt Modestinus in den Worten: nec ei cessae sint actiones die Nothwendigkeit einer wirklichen Cession voraus; daraus folgt aber nur, daß er die Fiction in diesem Falle nicht für anwendbar hielt und wäre denn das so auffallend bei einem erst ganz allmählich ausgebildeten Satze, von dem zu Modestins Zeit erst einzelne Anwendungen anerkannt waren? Nicht aber folgt daraus, daß er kein Recht, den Gläubiger zur Cession (gegen den Mitbürgen) zu zwingen anerkannt habe; er setzt nur voraus, daß von diesem Rechte kein Gebrauch gemacht worden.

10) Ueber die besondern Gestaltungen der Bürgschaft als Schadlosbürgschaft, Rückbürgschaft u. s. w. ist in §. 3 die Rede gewesen.

Diese Grundsätze müssen aber in einzelnen Fällen zu andern Entscheidungen führen, als die aus dem Wesen der Bürgschaft hergenommenen Sätze. Um die Abweichungen in dieser Beziehung festzustellen, soll im Folgenden eine Entwickelung der Mandatslehre gegeben werden mit Anwendung auf das Mandatum qualificatum — und zwar auf den regelmäßigen Fall [11]): Auftrag, einem Andern (auf Rechnung des Mandanten) zu creditiren (ohne nähere Bestimmung). —

Dieser Auftrag ist regelmäßig so zu verstehen, daß der Mandatar „auf Rechnung" des Mandanten creditiren solle. Durch das Creditgeben ist dieser Auftrag erfüllt und es steht von diesem Zeitpunkte an dem Mandatar sowohl gegen den Schuldner, als gegen den Mandanten eine Klage zu; die Nothwendigkeit, den Hauptschuldner zuvor auszuklagen, liegt nicht schon in der Natur des Mandatverhältnisses; nur durch die exceptio excussionis kann der Hauptschuldner darauf dringen. Hinsichtlich der einzelnen Abweichungen des Mandats von der regelmäßigen Bürgschaft ist Folgendes zu bemerken.

Gemeinsam ist beiden das Erforderniß einer gültigen Hauptschuld. Für das Mandatum qualificatum folgt dieß aus der Voraussetzung der actio mandati contraria (welches die vom Gläubiger gegen ihn anzustellende Klage ist — entsprechend der Bürgschaftsklage): Ausführung des Auftrags. Ist der Vertrag vom Mandatar mit dem Dritten ungültig geschlossen

11) Denn die Absicht der Contrahenten kann natürlich auch in das Mandatum qualificatum den mannigfaltigsten Inhalt legen. — Insbesondre muß man sich hüten, aus der bloßen Aufforderung zum Creditiren, aus dem Ausdrucke: es möge Jemand einem Andern creditiren, sofort auf ein Mandatum qualificatum zu schließen. Dieß wird sich z. B. in dem Falle, wo der Auffordernde hinzusetzt, „er habe Mittel in Händen, um die Zahlung des Schuldners zu bewirken" in der Regel nicht sagen lassen, da hiermit der Gläubiger eben nur auf diese Mittel hingewiesen wird. —

worden, so kann jener nicht behaupten, er habe in Auftrag Credit gegeben — also auch nicht, daß er den Auftrag ausgeführt habe. — Daher müssen auch dem Mandator diejenigen Einreden des Hauptschuldners zustehen, welche die Entstehung der Hauptschuld — auch ihrem naturalen Bestandtheile nach — verhindert haben. —

Ferner versteht sich von selbst, daß die Consequenzen aus dem Regreßverhältnisse, da dieses auch beim Mandator ganz gleicher Weise wie beim Bürgen Statt finden kann, also auch die Zuständigkeit der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden nach den im vor. Kap. vorgetragnen Regeln, ganz ebenso für den Mandator, wie für den Bürgen im Allgemeinen gelten müssen [12]. —

Ebenso steht das Beneficium divisionis (l. 7 D. 27. 7. l. 3 C. 4. 18.) und das Beneficium excussionis (Nov. 4 c. 1.) dem Mandator ebenso wie dem Fidejussor zu. — Dagegen besteht zwischen Mandator und Hauptschuldner weder das accessorische, noch das correale Verhältniß, wie es nach dem oben Gesagten zwischen Hauptschuld und der Verpflichtung des Fidejussor's obwaltet; es kann daher aus diesem Verhältnisse weder eine Haftung des Mandator's für das factum und die mora des Hauptschuldners, noch die Befreiung jenes durch die für Correalschuldner befreiend wirkenden Ereignisse begründet werden. Allein diese Wirkungen lassen sich auf anderem Wege für den Mandator herleiten.

Daß er nämlich für factum und mora des Hauptschuldners hafte, folgt daraus, weil er dem Mandatar, d. h. dem Gläubiger allen durch dieses — als Mandatar — eingegangene Rechtsverhältniß entstehenden Nachtheil vergüten muß. — Daß er durch dieselben Ereignisse befreit werde, wie der Fidejussor, liegt ebenfalls schon in der Natur des Mandats und in der

12) l. 9 §. 3 D. 14. 6.

Natur der hierher gehörenden Aufhebungsgründe. Die Zahlung, und was ihr gleichsteht, räumt allen Anlaß zur a. mandati contraria aus dem Wege; denn der Gläubiger kann, sobald er befriedigt ist, nicht mehr von erlittenem Nachtheil sprechen. Andere Befreiungsgründe, wie Novation, Erlaßvertrag u. dgl. befreien den Mandator deßhalb, weil der Mandator nur zu entschädigen braucht, wenn ihm das durch Ausführung des Mandats Erworbene — hier die Klage gegen den Hauptschuldner — cedirt wird. Diese Cession ist aber dem Gläubiger in jenen Fällen durch eigne Schuld unmöglich geworden und darum ist der Mandator ihm gegenüber zu keiner Entschädigung verpflichtet.

Allein eben dieses unbedingte Recht des Mandators auf Klagencession führt Abweichungen von der regelmäßigen Behandlung der Bürgschaft herbei. Es ist oben gezeigt worden, daß die gewöhnliche Lehre von dem sog. beneficium cedendarum actionum — als einem Befreiungsgrunde — aller Begründung entbehre. Für den Mandator jedoch folgt es aus den Grundsätzen der Mandatslehre, daß er ein solches Recht habe — ganz entsprechend der Gestalt, die man gewöhnlich dem beneficium cedendarum actionum beilegt. Eben durch dieses Recht aber wird er auch in solchen Fällen sich gegen den Gläubiger schützen können, wo es ein anderer Bürge nicht könnte, wenigstens nicht, wenn er auf das Beneficium excussionis verzichtet hätte. Denn es ist möglich, daß der Gläubiger durch eigne Schuld sich den Verlust seiner Forderung (oder doch der Klage) zugezogen — ohne daß ein Ereigniß vorliegt, welches nach den Grundsätzen der Correalobligation für alle Subjecte derselben befreiend wirkte. Dieß ist z. B. der Fall bei der Klagverjährung. Mag man als Wirkung derselben die bloße Vernichtung der Klage oder die Aufhebung des ganzen Rechts annehmen, so kann man dieselbe doch nicht unter die

Aufhebungsgründe einer Correalobligation rechnen. Auf den Satz, daß mit Untergang der Hauptschuld die Bürgschaft aufgehoben werde, könnte sich der Bürge nur berufen vom Standpunkte derer, die das Recht selbst als durch Verjährung aufgehoben ansehen; aber jener Satz ist überhaupt, wie oben gezeigt, zu verwerfen. Nur aus dem Beneficium excussionis könnte der Bürge eine Befreiung herleiten, weil der Gläubiger die Unmöglichkeit der Vorausklage selbst verschuldet hätte; wäre, wie in der Regel geschieht, auf jenes Beneficium verzichtet worden, so stände der Bürge schutzlos dem Gläubiger gegenüber. Der Mandator dagegen ist in diesem Falle durch sein Recht auf Cession der Klage geschützt — ohne daß er sich auf das Beneficium excussionis zu berufen nöthig hat.

Hiermit ist zugleich der Anhalt gegeben, für Beantwortung der Frage, ob auch das heutige Recht noch der Annahme eines besondern mandatum qualificatum bedürfe. — Es wurde nämlich bereits oben (B. I. Kap. 4.) darauf aufmerksam gemacht, daß in den Fällen, wo der Mandator kein Interesse an der Ausführung — also am Creditgeben — habe, daß dann dem mandatum die Hauptwirkung — die actio directa auf Ausführung — fehle. Es ließe sich daher die Frage aufwerfen, ob auch das heutige Recht hierin an die Auffassung der Römischen Juristen gebunden sei oder ob wir nicht vielmehr berechtigt seien, eine derartige Behandlung — als eine verkehrte Systematisirung — zu verwerfen und somit die Lehre von einem besondern mandatum qualificatum in den Fällen, wo der Mandator kein Interesse an der Entstehung der Hauptschuld hat — ganz aufzugeben. — Dem würde aber entgegenstehen eben die im Vorhergehenden hervorgehobene Verschiedenheit in der Wirkung, welche durch die Behandlung unsres Falles als Mandat begründet wird. Es ist daher nicht bloß die systematische Stellung, sondern es sind ganz bestimmte einzelne Rechts-

sätze, um die es sich handelt. Da dieselben einmal im R. R. anerkannt sind, auch für den Fall, wo das Interesse des Mandanten an der Erfüllung des Auftrags fehlt, so müssen auch wir noch im heutigen Rechte in diesem Falle ein wirksames Mandat anerkennen.

Schließlich ist noch zu bemerken als sich von selbst verstehend, daß das Regreßverhältniß des Mandators zum Hauptschuldner — und was damit als Consequenz zusammenhängt — durchaus nichts Eigenthümliches darbietet. Der Mandatar kann, wie jeder andre Bürge, entweder als Mandator, oder als negotiorum gestor oder donandi animo für den Hauptschuldner intercediren [13]).

§. 44.

Das bisher in diesem Kapitel Erörterte betraf entweder einzelne besondre Gestaltungen der eigentlichen Bürgschaft, oder blieb doch wenigstens noch im Gebiete der formellen Intercession; denn zu dieser — also auch zur Bürgschaft im weitern Sinne — gehört das Mandatum qualificatum. Im Folgenden soll als Gegensatz hierzu das Verhältniß des Intercedenten im materiellen Sinne besprochen werden.

Die scheinbare Aehnlichkeit desselben liegt darin, daß ein solcher Intercedent zur Sicherung einer andern Schuld sich verpflichtet. Gemeinsam mit dem Bürgen hat derselbe das ma-

13) Ganz irrig ist es daher, wenn Gesterding (alte und neue Irrthümer VI. S. 189.) behauptet, der Mandator könne weder Mandatar, noch negotiorum gestor des Hauptschuldners sein — m. a. W. — Man könne nicht Einem mandiren, er solle einem Dritten einen bestimmten Auftrag geben und man könne nicht dadurch, daß man einen Auftrag gebe, die Geschäfte eines Andern führen. Zu jener Behauptung wurde Gesterding verleitet durch die irrige Annahme, daß erst durch Zahlung das Mandat ausgeführt oder das Verhältniß der negotiorum gestio begründet werde.

terielle Verhältniß zu einer andern Schuld, deren Sicherung der Zweck ist, um dessentwillen der Correalschuldner hinzugetreten ist. Das Unterscheidende einer solchen Correalschuld liegt in dem Mangel ausdrücklicher Hervorhebung dieses Verhältnisses. — Daraus ergeben sich folgende Eigenthümlichkeiten.

Da nur die ausdrückliche Beziehung auf eine fremde Schuld bewirken kann, daß von der Gültigkeit dieser die Gültigkeit der Intercession abhängt (denn das bloße nicht ausgesprochene Motiv, zu intercediren, kommt nicht in rechtlichen Betracht) so kann der Intercedent im materiellen Sinne sich nicht auf die Ungültigkeit derjenigen Schuld berufen, um derentwillen er sich verpflichtet hat. Also kann er auch nicht die Exceptionen vorschützen, durch welche jene Schuld gleich Anfangs aller Wirksamkeit beraubt wurde. Daß ihm dagegen in derselben Weise wie dem Bürgen die Exceptionen des Hauptschuldners wegen des Regreßverhältnisses zustehen müssen, wird unten gezeigt werden. — Ferner steht ihm auch das Beneficium excussionis nicht zu, da es die formelle Intercession zur Voraussetzung hat.

Dagegen braucht er auf der andern Seite nicht, wie der Bürge, einzustehen für die Verschuldung des Andern. Ist der Untergang des Objects für ihn ein zufälliger und ist er nicht in mora, so wird er befreit, wenn auch der Andre es vernichtet hat (s. oben S. 404 ff.) oder in mora ist. — Eben darum haftet er auch nicht für Verzugszinsen aus der Person des Andern.

Gemeinsam aber mit der Bürgschaft hat das hier besprochne Verhältniß alle jene Sätze, die oben hinsichtlich der Befreiung von einer gültig eingegangnen Bürgschaft vorgetragen wurden, soweit dieselben nicht mit dem Beneficium excussionis zusammenhängen. — Man könnte eine Abweichung behaupten für den Fall, wo der eine Correalschuldner den andern beerbt, in welchem Falle bekanntlich beide Verbindlichkeiten als in derselben Person fortbestehend gedacht werden. Aber

auch wenn man den einen derselben als Bürgen betrachten wollte, so würde daraus nur für den Fall die Aufhebung der Bürgschaft folgen, wenn der Gläubiger kein Interesse an deren Fortbestehen hätte; demnach würde eine solche Unterscheidung aller praktischen Bedeutung entbehren.

Allein aus jenen Sätzen über die Befreiung des Bürgen, welche mit dem Correalverhältniß desselben zusammenhängen, könnte man herzuleiten versuchen, daß auch die Exceptionen des einen Correalschuldners dem andern zustehen müßten. Da diejenigen Ereignisse, welche den objectiven Bestand der Correalschuld aufheben, alle Correalschuldner befreien sollen, so muß dieß in gleicher Weise gelten, wenn diese Aufhebung auch nur ope exceptionis wirkt. Damit hat man denn in der That die Eintheilung in exceptiones rei und exc. personae cohaerentes in Verbindung gebracht[14]) und daraus folgt von selbst, daß die exceptiones rei cohaerentes nicht nur dem Bürgen, sondern mit demselben Rechte auch jedem principalen Nebenschuldner zustehen müssen[15]) — Dabei verkennt man jedoch die wahre Gestalt der Frage wegen Ausdehnung einer Exceptio von der einen Person auf die andere. Ist nämlich eine Exceptio gegen den objectiven Bestand der Correalschuld gerichtet, so steht sie eben deßhalb jedem Correalschuldner aus eigner Person zu. Legt man also dem Ausdrucke rei cohaerens den obigen Sinn unter, so ist damit der Frage, ob exceptiones rei cohaerentes dem Einen aus der Person des Andern zustehen, alles Interesse genommen.

14) Keller, Litiscontestation S. 447. Dagegen sprach sich schon Ribbentrop (Correalobl. S. 23 Not. 2. und S. 26 Not. 5.) aus.

15) Diese Anwendung macht Fein Beiträge zur Lehre von der Novation rc. Jena 1850. S. 49. in einem Falle, wo der eine Correalschuldner durch dolus zur Eingehung der Verpflichtung beredet worden war. In diesem Falle stand übrigens, wie Fein selbst (S. 50) einräumt, dem andern Correalschuldner die exc. doli schon aus eigner Person zu.

Der wahre Sinn jenes Ausdrucks bezieht sich vielmehr darauf, daß gewisse Einreden zwar zunächst nur einer bestimmten Person zustehen, aus besondern Gründen jedoch auf eine andre ausgedehnt werden (im Gegensatz zu solchen Exceptionen, bei denen dieß unzulässig). Für den Bürgen kann eine solche Ausdehnung, wie oben gezeigt, beruhen entweder auf dem Erforderniß einer gültigen Hauptschuld oder auf dem Beneficium excussionis oder auf dem Regreßverhältnisse. Weder das Erste, noch das Zweite ist auf den principalen Nebenschuldner anwendbar.

Dagegen kann er allerdings als Intercedent im materiellen Sinne ebenso wohl wie der Bürge im Regreßverhältnisse — sei es durch Mandat oder durch negotiorum gestio — stehen und in diesem Falle müssen ihm auch die Exceptionen des Andern in derselben Weise zustehen, wie dieß bei einem Bürgen der Fall sein würde. —

Gewöhnlich stellt man Beide auch hinsichtlich des Beneficium divisionis einander gleich und zwar soll dasselbe nicht bloß dem Intercedenten im materiellen Sinne gegenüber andern Intercedenten derselben Art zustehen, sondern jedem Correalschuldner gegenüber seinem Mitschuldner — also auch demjenigen, der allein den ganzen Vortheil aus dem Geschäfte hat. Es ist dagegen oben (B. I. Kap. 6. §. 35.) bemerkt worden, daß Justinian in Nov. 99. die Rechtswohlthat, welche er in diesem Gesetze den Correalschuldnern verlieh, an das Beneficium excussionis anknüpft. Freilich aber ist es nur als ein Anknüpfen — nicht als eine völlige Nachbildung zu bezeichnen. Vielmehr nähert sich die Gestalt dieses neuen Beneficiums in vielen Punkten dem Beneficium divisionis. Zunächst ist hervorzuheben, daß Justinian das materielle Verhältniß, wie es wirklich besteht, ganz zur Seite läßt; es soll bei allen Correalschuldnern — einerlei, ob bloß Einer oder Alle Vortheil aus

dem Geschäfte haben — eben wegen der äußern Gestalt der Correalschuld angenommen werden, es habe Jeder den Betrag der Schuld nur zum Theil empfangen.

Sodann ist es zwar jenem Vorbilde ganz entsprechend, daß auf abwesende oder zahlungsunfähige Correalschuldner der Gläubiger nicht angewiesen werden darf, allein die Bestimmung der Nov. 4., daß dem Bürgen eine Frist zu setzen sei, innerhalb deren er den Hauptschuldner zur Stelle schaffen könne, ist in Nov. 99. nicht wiederholt. Endlich soll auch der Proceß gegen sämmtliche Correalschuldner eine einzige Verhandlung bilden.

Dagegen unterscheidet sich vom Beneficium divisionis unsre Rechtswohlthat dadurch, daß dort die spätere Insolvenz des in die Theilung hereingezognen Correalschuldners den andern noch zahlungsfähigen zur Last fällt, daß die Theilung demnach nur eine provisorische Befreiung hinsichtlich des Ueberschusses enthält. Dieß entspricht der Intention einer Nachbildung des Beneficium excussionis und ist überdieß auch in den Worten der Nov. 99. (non statim ab initio solidum exigatur, sed interim pro parte) angedeutet[16].

---

16) Vgl. v. Schröter Zeitschr. IV. S. 441 ff.

Anhang.

Um das bestehende Recht unparteiisch zu beurtheilen, in wiefern es den heutigen Anforderungen entspreche, in wieweit es ein Eingreifen der Gesetzgebung nöthig mache, bedarf es zunächst einer Feststellung der Aufgabe im Allgemeinen, welche eine neue Gesetzgebung hinsichtlich unsres Instituts zu lösen haben würde.

Die Gesetzgebung über Verträge hat darin eine eigenthümliche Stellung zu ihrem Gegenstande, daß es hierbei nur ausnahmsweise auf absolute Rechtsbestimmungen abgesehen sein wird. Der Regel nach handelt es sich nur um Festsetzung eines jus dispositivum. Daher ist hier weniger Gefahr vorhanden, das Interesse irgend einer contrahirenden Partei absolut zu verletzen, ein Bedürfniß geradezu unbefriedigt zu lassen; denn es bleibt immer die Möglichkeit, durch Privatwillen die nöthigen Bestimmungen festzusetzen. Die Frage hinsichtlich der Aufgabe einer neuen Gesetzgebung im Gebiete der Verträge wird daher meist darum sich drehen, wie das regelmäßige Interesse jeder Partei nach Möglichkeit zu berücksichtigen sei; obschon natürlich die Frage nie ganz außer Acht zu lassen ist, in wieweit etwa ein jus cogens sich nöthig mache.

Von dieser Richtung auf den materiellen, praktischen Erfolg, den die Gesetzgebung erreichen soll, ist jedoch wesentlich verschieden die formelle Gestaltung, welche demselben zu geben, der Weg, auf dem jenes Resultat erreicht wird. In dieser Beziehung muß die Rücksicht auf den logischen Zusammenhang

aller rechtlicher Bestimmungen des verschiedensten Inhalts unter einander die Grundlage bilden.

Dieß angewandt auf eine Kritik des geltenden Rechts, so entstehen drei Fragen:

1) Ist ein jus cogens erforderlich hinsichtlich der Eingehung oder des Inhalts des Vertrags?

2) Sind die Despositivbestimmungen ihrem Zwecke entsprechend?

3) Ist das praktische Resultat auf demjenigen Wege erreicht, den der Zusammenhang mit dem gesammten Rechtsorganismus erheischt?

Indem wir von diesen drei Gesichtspunkten ausgehen, wollen wir im Folgenden die einzelnen Lehren der Bürgschaft einer Kritik unterwerfen, mit Rücksicht auf die drei exclusiven Legislationen. Vorschläge zu einer neuen Gesetzgebung gehen freilich sicherer von dem aus, was sich bereits in der Praxis als ein Bedürfniß geregt und geäußert hat.

Was zunächst die Eingehung der Bürgschaft betrifft, so kommt die Frage, ob ein jus cogens sich nöthig mache, in zwei Punkten zur Sprache, nämlich erstens hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit zur Eingehung einer Bürgschaft und zweitens hinsichtlich der Form, in der sie geschehen müsse. —

Nun ist es allerdings sehr erklärlich, wenn ein Recht gerade hier Bedenken trägt, alle Personen, welche andre Verträge gültig schließen können, ohne Weiteres auch zur Bürgschaft zuzulassen, da die letztere eine Haftung für eine f r e m d e Schuld bewirkt.

So hat denn auch in der That das Römische Recht den Frauen diese Fähigkeit entzogen. Als Grund dieser Bestimmung ist oben bezeichnet worden die Annahme, daß Frauen leichter eine für sie nachtheilige Bürgschaft eingehen werden, weil sie dem Vertrauen, der eigentliche Schuldner werde es

nicht dazu kommen lassen, daß sie für ihn zahlen müßten, besonders zugänglich sein. —

Freilich muß auch, wenn wir dieser Annahme selbst beitreten wollen, doch sofort die Frage aufgeworfen werden, ob nicht etwa durch eine solche Bestimmung, die als Begünstigung der Frauen gemeint ist, auf der andern Seite für sie selbst oder für den Credit im Allgemeinen ein überwiegender Nachtheil entstehe. Für die Bejahung dieser Frage sind auch in der That schon seit dem 16. Jahrhunderte Stimmen laut geworden [1]) und auch das darf nicht außer Acht gelassen werden,

---

1) Vgl. u. A. Friedr. Pruckmann rep. leg. de statu hom. (Frf. 1586) p. V. A 15 n. 13: Vix tamen hodie foemellae nostrae certioratione videntur indigere, cum egregie, quod sibi jus competat, calleant, maritisque fastu et luxurie sua ansam praebentes, ut aeris alieni mole obruantur et supprimantur, ipsae infami bonorum bonorum cessione a marito facta, hujus beneficii exceptione tutae sunt, scelerateque insuper creditoribus, succum et sudorem vestitu et illecebris suis suorumque dilapidarunt, cum maximo Reipublicae detrimento insultant illosque risui habent. *Sed videant, ne privilegio abutentes, ut eo priventur generali constitutione maximo Reipublicae commodo lata in causa sint.* Dasselbe Resultat (für Ehefrauen) begründete Just. Henn. Böhmer (de effic. mul. intc. III. 2. d.) damit, daß den deutschen Frauen der Leichtsinn und die Verschwendung der Römischen fremd sei, auch die deutschen Ehemänner zu treu und wohlwollend gegen ihre Frauen gesinnt seien, als daß sie dieselben zu nachtheiligen Intercessionen bereden würden. Er schließt mit den Worten: Quare qui uxores nostrates legibus ejusmodi, quibus vetus Roma integris moribus commodissime caruit, aeque opus habere contendere velit, eum ego uxore vere Germana indignum censeo! — In einer ausführlichen Abhandlung trat gegen die Beibehaltung des SC. Vell. ein Ungenannter in Kretzschmann's kleinen Abhandlungen (Bayreuth 1793) S. 92 ff. auf. Ferner vgl. Claproth Entwurf eines Gesetzbuch's II. 1. §. 2. B. F. Pfizer Rechte und Verbindlk. der Weiber II. §. 76. Klinkhard Ideen zur Philos. der Gesetzgeb. Nr. XIII.

daß sich sowohl ältere Particulargesetzgebungen [2]), als auch besonders die drei neuern Legislationen gegen jene Beschränkung der Frauen — wenigstens in der Art, wie sie das R. R. enthält — erklärt haben.

Was die neuere Legislation betrifft, so enthält das österreichische Gesetzbuch (§. 1349) den Satz: „Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechts Jedermann auf sich nehmen, dem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht." Der Code civil enthält wenigstens keine ausdrückliche Beschränkung der Frauen und da sie nicht aus der Natur der Bürgschaft folgt, so ist sie damit stillschweigend ausgeschlossen [3]). Das Allg. Landrecht endlich stimmt hiermit wenigstens in sofern überein, als es an die Stelle des römischrechtlichen Verbots der Bürgschaft die Bestimmung gesetzt hat, daß für Frauen eine bestimmte Form zur Eingehung einer Bürgschaft erforderlich sei [4]). Die Frage, in wieweit eine solche Formvorschrift nothwendig oder rathsam sei, ist eine ganz andere und wird im Folgenden besprochen werden.

Schließlich ist auch noch darauf aufmerksam zu machen, daß eine Mißbilligung des unbedingten Verbots für Frauen auch schon in der Art und Weise liegt, in der die Praxis von jeher sich für die Verzichtbarkeit des SC. Vell. ausgesprochen

2) Dergleichen ältere Particularrechte sind angeführt bei J. Ch. K. Schröter Verm. jur. Abh. (1785) I. S. 25 ff. v. Zangen Weibl. Bürgsch. 1804 S. 13 ff. Ueber neuere Particularrechte s. Heimbach Lehrb. d. particulären Privatrechts (Jena 1848) §. 256.

3) Dieses Stillschweigen erklärt sich daraus, weil der Code das SC. Vell. gar nicht als geltendes Recht vorfand.

4) Die Absicht der Preuß. Gesetzgebung ging zunächst freilich keineswegs auf Abänderung des Römischen Rechts. Man glaubte dasselbe in der Gestalt, die es durch die Praxis — nämlich durch die Zulassung des Verzichts nach vorgängiger Certioration — erhalten hatte, wiederzugeben. Vgl. Suarez amtl. Beiträge (Jahrb. 41. Bd. S. 51).

hat. Es geschah dieß in dem vollen Bewußtsein, daß dadurch der Zweck desselben, wenn er dahin ginge, die Frauen vor allen ihnen nachtheiligen Bürgschaften zu bewahren, für die meisten Fälle so gut wie ganz vereitelt werde. Dessenungeachtet blieb es stets die herrschende Ansicht, daß der Verzicht zulässig sei und davon dürfen wir wohl den Grund in einer dem SC. selbst ungünstigen Gesinnung suchen.

Wenn so mannichfache Stimmen sich gegen die gänzliche Ausschließung der Frauen erklärt haben, so läßt sich gewiß von vornherein annehmen, daß diese Ansicht Vieles für sich haben werde. Als Grund für dieselbe, welcher sie wohl als allein richtige darstellen dürfte, läßt sich Folgendes sagen.

Es ist für die Gestalt unsres Verbots nur die Alternative gegeben, entweder es für verzichtbar oder für unverzichtbar zu erklären. Im erstern Falle ist es zwar juristisch sehr wohl denkbar, jenes Verbot neben der Zulässigkeit des Verzichts als rechtlich wirksam anzusehen; man kann allerdings sagen, es sei zweierlei: sich verbürgen und auf das SC. Vell. verzichten. Allein da der Zweck des letztern ist, die Frauen vor Eingehung solcher Verbindlichkeiten zu bewahren, aus denen sie hoffen, gar nicht in Anspruch genommen zu werden, so wird dieser Zweck seinem praktischen Erfolge nach durch die unbedingte Zulässigkeit des Verzichts illusorisch. Wenn man dagegen sagt, die dem Verzichte vorhergehende Belehrung bewirke, daß allerdings jener Zweck des SC. im Wesentlichen erreicht werde, indem die nach empfangner Belehrung intercedirende Frau gewiß die ernstliche Absicht habe und die Erwartung hege, selbst zahlen zu müssen — wenn man dieß sagt, so legt man doch offenbar das entscheidende Hauptgewicht auf die Belehrung. Diese aber kann ebenso gut gleich bei der Intercession selbst über die Bedeutung der letztern erfolgen. Wozu dann ein Verbot und ein Verzicht? —

Will man aber zweitens das Verbot für unverzichtbar erklären, so benimmt man einer ganzen Klasse von Personen die Möglichkeit, eine Verbürgung einzugehen, auch in den Fällen, wo der Zweck des Gesetzes nicht Anwendung findet, während es einen andern Weg gibt, diesen Zweck zu erreichen, ohne jene Personen mehr als nöthig zu beschränken. —

Es soll nämlich von den Frauen nicht überhaupt aller Nachtheil, der aus einer unvorsichtigen Bürgschaft entstehen kann, abgewendet werden, sondern nur von leichtsinniger Verbürgung im Vertrauen auf den Hauptschuldner sollen sie abgehalten werden.

Dazu ist aber eine erschwerende Form, verbunden mit genügender Belehrung über die Folgen einer Bürgschaft schon ausreichend; denn diejenigen Frauen, die trotz aller solcher Maßregeln sich nicht von der Bürgschaft zurückhalten lassen, hegen entweder die Erwartung, selbst zahlen zu müssen (wenigstens ist es ihre feste Absicht, nöthigenfalls dieß zu thun) oder sie sind so unvorsichtig, handeln so unüberlegt, daß sie auch durch ein unverzichtbares Verbot nicht vor Schaden bewahrt würden. Ebenso leicht, als sie jetzt intercediren, würden sie vorkommenden Falls ohne Weiteres für einen Andern Zahlung leisten. — Ueber diese besondre Form der Verbürgung einer Frau wird weiter unten die Rede sein. —

Für eine Beschränkung andrer Personen außer den Frauen kann nicht einmal der Grund, der für diese spricht, geltend gemacht werden. Damit erledigt sich einfach die Frage, ob die Beschränkung der Geistlichen und der Soldaten im R. R. auch bei einer neuen Legislation beibehalten werden müsse. Es bedarf keiner Gründe gegen die Beibehaltung, so lange noch kein Grund dafür aufgestellt worden. Als ein derartiger Grund ist aber nicht schon zu betrachten, daß die Bestimmung dem bisher geltenden Rechte angehöre. Denn eine neue Gesetz=

37 *

gebung soll nur solche Sätze enthalten, die eine Begründung in den gegenwärtigen Lebensverhältnissen haben. —

Wenn also eine directe Ausschließung ganzer Klassen von Personen — die zum Abschluß andrer Verträge befähigt sind — gerade nur von der Bürgschaft nicht rathsam ist, so ist nunmehr die zweite Frage zu erörtern, ob ein jus cogens in Bezug auf die Form der Verbürgung zweckmäßig erscheine.

Eine besondre Form für jeden Bürgschaftsvertrag (einerlei von wem geschlossen) ließe sich vom Standpunkte des Intercessionsverhältnisses empfehlen. Alle die Rücksichten, die man für den Bürgen verlangt, weil er für eine fremde Schuld zahlen müsse, sind nur berechtigt unter der Voraussetzung, daß der Bürge ohne reifliche Ueberlegung, ohne Erwägung der nachtheiligen Lage, in die gerade ein Bürge kommen kann, seine Verpflichtung übernommen habe. Kann man also bewirken, daß eine Bürgschaft nur nach umsichtiger Ueberlegung eingegangen werde, so braucht dann hinsichtlich der Folgen keine weitere Begünstigung des Bürgen, soweit sie zugleich eine Benachtheiligung des Gläubigers enthalten würde, einzutreten. Dieß kann aber das Recht bewirken durch die Vorschrift, daß bei jeder Verbürgung eine gewisse Form beobachtet werden müsse — bei Strafe der Nichtigkeit des Vertrags. So würde einerseits die schutzbedürftige Lage eines Bürgen ihre gebührende Berücksichtigung finden, ohne daß doch dem Interesse des Gläubigers zu nahe getreten und so das Bedürfniß des Verkehrs, dem Gläubiger eine genügende Sicherheit durch das Institut der Bürgschaft zu gewähren, außer Augen gesetzt würde. Gehen wir von diesem Standpunkte aus, so dürfte sich die Bestimmung des Allg. Landrechts (I. 14. §. 203.) als zweckmäßig empfehlen, daß jede Bürgschaft (einerlei von welchem Betrag) zu ihrer Gültigkeit die schriftliche Form oder die Erklärung zu gerichtlichem Protokoll erfordre. —

Hier ist nun aber auch der Ort, wo die weitre Frage, ob nicht gewisse Personen noch eines besondern Schutzes gegen die Nachtheile der Bürgschaft bedürfen, zu erörtern ist. Wir haben oben ein solches Bedürfniß für die Frauen anerkannt. Es handelt sich darum, diesem Bedürfnisse zu entsprechen, ohne doch den Frauen allen Rechtsverkehr durch Bürgschaft abzuschneiden. Zu diesem Zwecke dürfte sich gleichfalls wieder eine passende Formvorschrift am Meisten empfehlen, wie eine solche das Allg. Landrecht aufstellt, nämlich daß 1) Wittwen und ledige Frauenzimmer nur unter der Voraussetzung sich gültig verbürgen können, daß ihnen vorher die rechtlichen Wirkungen und Folgen der Bürgschaft vor Gericht vom Richter in verständlichen Ausdrücken erklärt worden sind[5]) (§. 221—226). Unterläßt der Richter dieß, so ist die Bürgschaft ungültig, er selbst aber haftet dem Gläubiger für den erwachsenen Schaden.

2) Ehefrauen bedürfen bei Bürgschaften für Andre oder für den Ehemann der Einwilligung des letztern (II: 1. §§. 342—49. Anh. §. 75.).

3) Ehefrauen können während der Ehe für ihren Ehemann nur unter Beistand eines rechtsverständigen oder doch geschäftskundigen Mannes gültig sich verbürgen (a. a. O.).

Im Bisherigen wurde zu zeigen versucht, wie hinsichtlich der Eingehung einer gültigen Bürgschaft durch erschwerende Formvorschriften eine günstige Rücksicht auf die Lage eines Bürgen sich Geltung verschaffen könne. Das ist die Art, wie eine solche Begünstigung ohne Bruch in das abstracte Recht

---

5) Diese mündliche Erklärung wird nicht ersetzt durch Aufnahme einer solchen in das Instrument — wenn auch die Frau erklärt, daß ihr das Instrument vorgelesen worden oder daß sie es selbst gelesen. Wohl aber wird sie ersetzt durch die Erklärung der Frau zu Protokoll, „daß sie mit den rechtlichen Folgen einer übernommenen Bürgschaft bekannt sei" (Anhang §. 48.).

erreicht werden kann. Das abstracte Recht nämlich schützt den Willen als solchen, ganz abgesehen von seinem Inhalte; damit verträgt sich wohl eine Vorschrift, unter welchen Voraussetzungen ein rechtlicher Wille nur angenommen werden dürfe. — Ist dagegen einmal diese Voraussetzung eingetreten, d. h. ein rechtlicher Wille als bestehend — eine verbindliche Bürgschaft als vorhanden anerkannt, so würde eine Begünstigung des Bürgen, die nicht schon im Vertrage ausbedungen, ein singulärer Rechtssatz sein; ein solcher muß seine Rechtfertigung haben in der Sittlichkeit des Verhältnisses, d. h. hier in dem Geiste des Bürgschaftsverhältnisses. Dieser Geist aber ist Hebung des Credits durch möglichste Sicherung des Gläubigers.

Wenn daneben auch die eigenthümliche Lage eines Bürgen eine vortheilhafte Stellung desselben vom Rechte beansprucht (wenn der Anlaß dazu nicht schon durch die Formvorschrift gehoben ist), so darf diesem Anspruche doch nur in soweit genügt werden, als dieß ohne Benachtheiligung des Gläubigers geschehen kann.

Daraus folgt, daß die gewöhnliche Lehre, jeder Untergang der Hauptschuld müsse auch Aufhebung der Bürgschaft zur Folge haben, wenn sie auch im positiven Rechte begründet wäre, doch von einer neuen Gesetzgebung nicht angenommen werden könnte. Denn aus dem Begriff der Bürgschaft, als einer accessorischen Verpflichtung folgt der Satz keineswegs, wie oben gezeigt wurde. Also müßte der Geist des Verhältnisses, dessen Stellung im Verkehre, zu einer derartigen Bestimmung hindrängen. Dieß ist aber so wenig der Fall, daß jener Satz vielmehr im Widerspruch mit diesem Geist — der möglichsten Sicherung des Gläubigers stehen würde, wenn man ihn ganz allgemein aufstellen und consequent durchführen wollte. Es gibt nämlich Fälle, wo der Hauptschuldner befreit wird,

ohne daß der Gläubiger zu seiner Befriedigung kommt. Solche Fälle sind oben (im 6ten Kapitel) aufgeführt worden. Daher müssen besondre Gründe für die Befreiung auch des Bürgen sprechen, z. B. Regreß desselben gegen den Hauptschuldner; außerdem muß er haften, denn gerade nur dadurch wird dem Zwecke der Bürgschaft — der Sicherung des Gläubigers Genüge gethan. Ihn befreien, hieße dem Gläubiger gerade da, wo er am meisten der Hülfe bedarf, diese versagen.

Wenn im Bisherigen von Befreiung die Rede war, so bezog sich das ebenso wohl auf die ope exceptionis, als auf die ipso jure eintretende Befreiung[9]).

Die neuern Gesetzbücher stellen die gewöhnliche Lehre, daß mit Untergang der Hauptschuld auch die Bürgschaft erlösche, ganz allgemein auf und nur für einzelne Fälle wird eine Ausnahme anerkannt, wie z. B. vom Preuß. Landrecht (a. a. O. §. 393) bei Verjährung der Hauptschuld (welcher dasselbe die Vernichtung auch des naturalen Bestandtheils beilegt) und vom Code Civil (A. 2035) bei der Confusio zwischen Hauptschuld und Bürgschaft. Der letztre Fall kann freilich auch in Einklang mit jener Lehre gebracht werden, wenn man die obligatio des Hauptbürgen wegen der Afterbürgschaft als im Augenblicke der Confusio plenior (gegenüber der Hauptschuld) betrachtet und demgemäß ihr Fortbestehen rechtfertigt. Dann ist nämlich die Hauptschuld der Afterbürgschaft gar nicht untergegangen.

Das bisher befolgte Princip muß uns auch noch weiter zur Grundlage dienen bei Beantwortung der Frage, in wieweit die Beibehaltung der Beneficien des Bürgen (excussionis, divisionis, cedendarum actionum) für eine neue Gesetzgebung rathsam erscheine. Wir müssen auch in dieser Beziehung daran

9) Auch versteht sich, daß dasselbe, was von ganz befreienden, auch von theilweise schützenden Exceptionen gelten müsse.

festhalten, daß der einmal gültig verpflichtete Bürge zur möglichsten Sicherung des Gläubigers dienen solle, eine Begünstigung desselben also nur gerechtfertigt erscheine, soweit sie ohne Benachtheiligung des Gläubigers möglich ist. In dieser Gestalt sind denn aber auch jene Beneficien im positiven Rechte enthalten, wenigstens ist dieß von zweien derselben (b. divisionis und cedend. actionum) schon aus dem Römischen Rechte erweisbar — von dem b. excussionis aber (mag man über Justinians Absicht denken wie man will) jedenfalls durch Gewohnheitsrecht festgestellt. —

In den neuern Gesetzgebungen ist auch fast durchgängig dieser Standpunkt festgehalten. Das beneficium divisionis ist im Oesterreich. Gesetzbuch (1359) gar nicht anerkannt, im Allg. Landrecht (§. 378) ist unterschieden, ob Mehrere gemeinschaftlich (d. h. uno actio) sich für denselben Hauptschuldner verbürgen oder ob Jeder besonders. Im letztern Falle soll der Gläubiger die Wahl haben, ob er das Ganze oder einen Theil einklagen will und wählt er die theilweise Klage, so soll ihm die Nachforderung des Rechts unbenommen bleiben, bis er zur gänzlichen Befriedigung gelangt.

Im Code Civil (art. 2026) dagegen sind die Grundsätze des Römischen Rechts ganz unverändert aufgenommen.

Bei dem beneficium excussionis entsteht zunächst die Frage, ob die Forderung des Gläubigers ipso jure als bedingte zu betrachten sei oder ob erst durch exceptio des Bürgen dieser Erfolg herbeigeführt werde. Nach dem obigen Princip muß für das Letztre entschieden werden. Ausdrücklich wird dieß auch im Code Civil (2021) bestimmt; die andern Gesetzbücher gehen nicht näher auf die Frage ein [10]). Hinsichtlich des Umfangs, in dem das Beneficium zur Anwendung kommt, schließen sich im Wesentlichen alle drei Gesetzbücher der durch die Praxis

10) Ueber das Allg. Landrecht s. Koch Lehrb. d. Pr. g. PR. II. §. 715.

eingeführten Gestalt, wie sie oben für diese Rechtswohlthat dargestellt worden, an.

Was endlich das ben. cedendarum actionum betrifft, so ist hierin von keinem der neuern Gesetzgebungen die Erweiterung angenommen worden, welche die Praxis demselben zu geben versucht hat.

Nur dann soll der Gläubiger zur Cession verpflichtet sein, wenn er die Klage noch hat. Dagegen finden wir in diesem Punkte von allen 3 Gesetzbüchern einen Satz anerkannt, dem ganz die Bezeichnung einer Fortbildung des R. R. im besten Sinne des Worts zukommt — den Satz nämlich:

Der Bürge tritt durch die Zahlung ohne Weiteres in die Rechte des Gläubigers ein.

(Landr. 351—55 Oestr. Gesb. §. 1358. C. C. 2029).

Durch diesen Satz haben wir bereits einen Schritt in das Gebiet gethan, das uns noch zu erörtern übrig bleibt. Wenn im Bisherigen die Richtung gegen den Gläubiger ins Auge gefaßt und hier eine Begünstigung des Bürgen nur sehr beschränkt zugelassen wurde, so gilt dieß keineswegs von der Richtung gegen den Hauptschuldner. Nach dieser Richtung hin ist jede Begünstigung des Bürgen erlaubt. So rechtfertigt sich besonders das Recht des Bürgen (unabhängig von seinem Regreßverhältnisse) gegen den Hauptschuldner zu klagen, daß er ihn von der Bürgschaft befreie, wenn die Umstände nicht mehr von der Art sind, wie sie bei Eingehung der Bürgschaft vorausgesetzt wurden. So wird von der neuern Gesetzgebung aufgeführt die Entfernung, die Insolvenz des Hauptschuldners — es genügt aber auch, wenn er den Zahlungstermin ohne zu zahlen hat verstreichen lassen. Ist kein Zahlungstermin bestimmt gewesen, so vertritt dessen Stelle nach dem Code Civil (2032) der Ablauf von 10 Jahren ohne Zahlung. —

Nachträge.

Zu S. 15. Das Recht des Sponsor auf manus injectio aus der actio depensi leitet Rudorff in seiner lehrreichen Abhandlung: „über die Litiscrescenz" (Zeitschr. f. gesch. RW. XIV. S. 357 ff.) her aus dem persönlichen Retentionsrechte, welches der redemtor an dem redemtus hatte; denn dependere sei ursprünglich der Rechtsact, durch den der vindex den judicatus aus der Haft des Gläubigers auslöste; dieses Recht sei dann durch die Lex Publilia ausgedehnt worden auf den Sponsor und zwar aus dem Grunde, weil ein Schuldner, der volle 6 Monate lang, nachdem seine Sponsoren ihn ausgelöst, auf die Rückzahlung warten lasse, einem insolventen Schuldner gleich gelte, dessen Güter von den Gläubigern besessen und proscribirt werden; darum sei dem Sponsor hier eine besonders strenge Klage gegeben worden. — Allein 1) ist es doch noch weit von einem bloßen Retentionsrechte zum Rechte auf manus injectio und (ganz abgesehen davon, ob eine so singuläre Bestimmung, daß der säumige Schuldner als judicatus zu behandeln sei, dem Geiste des ältern Röm. Rechts entspreche) bleibt doch 2) nach dieser Ansicht die Frage (auf welche Rudorff selbst ein großes Gewicht legt) unbeantwortet, wie der enge Zusammenhang zwischen Judicat und Sponsus [1]) zu erklären sei und warum man das Urtheilsrecht gerade auf die Bürgschaft übertrug, nicht auf die scheinbar näher liegenden Fälle des Geständnisses und Compromisses; denn die a. depensi ist danach immer nur eine Nachbildung der a. judicati, wie die andern Klagen, in denen man doch das pro se agere

1) Ueber sponsus in der ausschließlichen Bedeutung: „Bürgschaft eines sponsor" s. oben S. 11 Not. 18. Daß übrigens sponsio in weiterer Bedeutung auch den sponsus mit umfaßte, erhellt aus l. 7. de V. S.

später zuließ. — Bei dieser Gelegenheit mag, um Mißverständnissen vorzubeugen, zur Erläuterung der S. 15 Not. 22 andeutungsweise versuchten Erklärung Folgendes bemerkt werden. Wenn ursprünglich Sponsores nur zur Einleitung des Processes hinzugezogen wurden, so kann auch vorausgesetzt werden, daß Jeder, der sich als Sponsor verpflichtete, die eingeklagte Schuld mindestens für zweifelhaft hielt, daß er es auf einen Proceß ankommen lassen wollte, daß er demnach auch nur zahlte nach erfolgter Verurtheilung. Die Verurtheilung konnte gegen den Hauptschuldner oder gegen den Sponsor unmittelbar gerichtet sein (je nachdem der Gläubiger von der sponsio des Einen oder des Andern Gebrauch gemacht) — im einen wie im andern Falle hatte der Gläubiger eine Klage aus dem Urtheil gegen beide, weil dadurch die Bedingung beider sponsiones (die Existenz der Hauptschuld) für eingetreten erklärt war. Demnach hätte in beiden Fällen der zahlende Sponsor nach späterem Rechte Cession der a. judicati gegen den Hauptschuldner verlangen können. Nun war freilich eigentliche Cession der legis actio per manus injectionem unzulässig; allein es dürfte doch die Annahme nahe liegen, daß dieselbe Idee, welche der exceptio doli des spätern Rechts (durch welche der Gläubiger zur Cession gezwungen wurde) zu Grunde lag, schon zur Zeit der legis actiones sich wirksam erwiesen habe, daß m. a. W. die Lex Publilia nur eben dasselbe auf dem Wege gesetzlicher Verleihung habe erreichen wollen, was später durch Cession erreicht wurde. Wenn sonach bei dieser Bestimmung der Gedanke, diese manus injectio des Sponsor sei nur die dem Gläubiger ursprünglich zustehende, im Rechtsbewußtsein lebendig war, so können wir auch in jener l. Publ. den ersten Keim des spätern Instituts der Cession erblicken.

Zu S. 17. Rudorff (a. a. O. S. 440) bringt die Bestimmung der Lex Furia, daß die Sponsores und Fidepromissores nur 2 Jahre lang haften sollten, in Zusammenhang mit der exceptio italici contractus. Bekanntlich war die Lex Furia auf Italien beschränkt; dieß erklärt R. daraus, daß sie sich lediglich auf solche Sponsores und Fidepromissores bezogen habe, die bei der Mancipation eines italischen Grundstücks

(als auctores secundi) für Eviction bürgten. Durch die Lex Furia wurde ihnen die exceptio italici contractus, die ursprünglich nur dem wirklichen auctor zustand, verliehen und damit war ihre Haftung auf die Zeit von zwei Jahren beschränkt; denn nach dieser Zeit schützte sie jene exceptio. — Es muß zugestanden werden, daß sich so der zweijährige Zeitraum und die Beschränkung auf Italien [2]) vollständig erklären ließe. — Allein es dürfte dieser Erklärung Folgendes entgegenstehen. 1) Wir wären dann genöthigt, der Darstellung des Gajus mindestens Ungenauigkeit vorzuwerfen, da derselbe (III. 121) ganz allgemein sagt: Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur. Und stellt nicht Gajus in den Worten: Cum autem lex Furia tantum in Italia locum habeat, consequens est, ut in provinciis sponsores quoque et fidepromissores perinde ac fidejussores in perpetuum teneantur — lediglich Italien den Provinzen — die eine Bürgschaftsform der andern gegenüber auch in Rücksicht der 2jährigen Haftung, statt wie er nach Rudorff mußte: den sponsus für die eine Obligation dem sponsus für eine andre? — 2) Hinsichtlich einer andern Bestimmung der Lex Furia, nämlich der ipso jure eintretenden Theilung erwähnt Gajus ausdrücklich, daß sie nur für Italien gegolten habe. Nun hat Rudorff nur zwischen zwei Wegen die Wahl. Entweder er nimmt an, auch die Theilung sei bloß bei Mancipation eines italischen Grundstücks eingetreten. Dem steht aber gleichfalls die Darstellung des Gajus entgegen; denn nach ihm soll die Lex Apuleja durch die Lex Furia nur hinsichtlich ihrer geographischen Ausdehnung beschränkt worden sein, nicht hinsichtlich gewisser Anwendungen des sponsus. Oder er giebt zu, daß diese Bestimmung über die Theilung für alle Sponsores

---

2) Der Wegfall jener Begünstigung im Just. Rechte, zu dessen Erklärung R. seine Hypothese für nothwendig hält, erklärt sich wohl schon hinreichend aus dem Bedürfnisse des ausgebildeteren Verkehrs, womit jene Begünstigung im Widerspruch und aus dem Wegfall des ganzen Instituts der Sponsores und Fidepromissores. Auch bleibt bei jener Hypothese so Manches unerklärt, z. B. der Nichtübergang auf die Erben, die Zuläßigkeit für eine ungültige Hauptschuld. —

gegolten habe; dann mußte aber ihre Beschränkung auf Italien einen andern Grund, als die Anwendung auf italische Grundstücke haben; dieser andre Grund würde dann schon hinreichen, um auch für das biennio liberari die ausschließliche Geltung für Italien zu erklären. 3) Es ist nach dieser Ansicht kein Grund denkbar, warum jene Bestimmungen der Lex Furia nicht auch für fidejussores galten; denn daß auch fidejussores bei der Mancipation vorkamen, ist durch Rudorff's eigne Anführungen S. 439 allem Zweifel enthoben; zu der Annahme von Interpolationen und zu andern Suppositionen ist kein hinreichender Grund vorhanden. —

Fragen wir schließlich nach einem positiven Anhalt für diese Hypothese, so wird uns als solcher entgegengehalten eine Stelle aus Cicero's Briefen, in welcher er von einem vor 25 Jahren eingegangnen sponsus spricht. Dieß soll als „unverwerfliches Zeugniß" dienen, daß die Lex Furia nicht auf alle Fälle des sponsus sich bezogen habe. — Dagegen ist zu bedenken, daß diese Stelle ebenso gut benutzt werden kann als Argument für die Behauptung, daß zu der Zeit, wo Cicero dieß schrieb, die Lex Furia noch nicht gegeben war. Zu diesem Zwecke wird sie in der That auch gewöhnlich (vgl. oben S. 91 und Liebe Stipulat. S. 225 Not. 1.) benutzt und es bedürfte also erst eines Beweises, daß die L. Furia damals schon existirt habe, um derartige Folgerungen zu ziehen.

Zu S. 92 („Die Fidejussio sicherte nur" u. s. w.). Der Vorwurf eines Widerspruchs zwischen dieser Stelle und der Ausführung S. 79 und folg. (Heidelb. Jahrb. 1851. Nr. 27. S. 421) muß sich bei aufmerksamen Lesen beider Stellen von selbst erledigen; denn S. 92 ist die Rede von der Zeit, wo die Fidejussio erst entstand (S. 91); dagegen bezieht sich die Erörterung S. 79 ff. auf die spätere Entwickelung, auf die Ausbildung, die dem Institute erst von spätern Juristen zu Theil wurde. —

Zu S. 122. Als Literatur ist zu Not. 30 nachzutragen die gediegene Abhandlung von Huschke (Zeitschr. f. gesch. RW. XIV. S. 42 ff.): Cicero über seine Forderung an Dolabella. Huschke bespricht hier ausführlich die oben

S. 122 abgedruckte Stelle aus Cicero's Briefen (ad Att. XVI. 15. §. 1. 2.). Von Keller (a. o. a. O.) weicht er ab 1) darin, daß er die Lesart: ut sponsores appellentur als allein richtige vertheidigt (dieselbe wurde auch oben S. 122 zu Grunde gelegt); 2) in der Erklärung des Worts *δυσωπία*. Keller selbst hatte zugestanden, daß die Uebersetzung: „es wäre nicht recht ehrenhaft" oder „es hat eine schlechte Miene" einen bessern Sinn geben würde. Er hielt aber diese Erklärung für sprachlich unzulässig. Huschke weist nun nach, daß dieselbe allerdings sprachlich zulässig sei mit Berufung auf Plato *περι δυσωπιας* (Reisk. Vol. VIII. p. 95—122) und Cic. Att. XIII. 33. §. 2. Er übersetzt demnach: „Obgleich es scheinen möchte, daß, die Bürgen zu mahnen, mich eine gewisse Scheu abhalten müßte (= mir als ein nicht ehrenhaftes Verfahren verdacht werden würde), so u. s. w. Dem Resultate nach stimmt er im Wesentlichen mit dem oben a. a. O. Gesagten überein.

Wichtiger noch ist eine andere Erörterung, die Huschke hieran anknüpft (S. 60 ff.). Früher war nämlich jene Stelle Cicero's benutzt worden als Beweis, daß wirklich eine lex antiqua, wie sie Justinian in Nov. 4 pr. erwähnt, existirt habe und zwar zu Cicero's Zeit. Eine richtige Erklärung jener Stelle mußte vielmehr das Gegentheil ergeben. Huschke sucht nun statt dessen eine andre Spur von einer derartigen lex antiqua, wie sie Justinian im Sinne haben konnte. Er geht dabei von dem richtigen Gesichtspunkte aus, so lange noch die befreiende Wirkung der Litiscontestation für Correalschuldner anerkannt worden sei, könne eine Vorausklage gegen den Schuldner in der Weise der Nov. 4. nicht vorgeschrieben — sie müsse irgendwie mit jenem Satze im Einklange gewesen sein. Daß dieß bewirkt werden konnte durch die Abfassung der Bürgschaftsstipulation: quanto minus a Titio consecutus fuero unterliegt keinem Zweifel. H. aber behauptet, seit Papinian sei es Rechtens geworden, daß jeder Bürge die Verwandlung seiner Bürgschaft in eine solche bedingte durch eine exceptio doli erzwingen dürfe. Einen positiven Beweis hierfür findet H. in l. 7. D. de fid. tut. Hier sagt Papinian: Si fidejussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut

ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt, se reddituros, quod ab eo servare non potuisset, placuit, inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fidejussorum (Huschke: fidejussorium) susceptum videretur. Nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio; si enim quod datum (Huschke: quod datur) pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit? — Gegen die Annahme, daß hiermit ein solches Recht für alle Bürgen ausgesprochen sei, läßt sich schon dieß anführen, daß ein solcher Satz eine bedeutende Neuerung gewesen wäre, die Papinian schwerlich so beiläufig als einen bekannten Satz erwähnen würde, daß ferner, wenn er durchgedrungen wäre (und warum sollte er nicht durchgedrungen sein bei dem Ansehn Papinian's und da er so ganz im Geiste der spätern Kaiser war?) doch gewiß bei spätern Juristen seiner Erwähnung geschähe. Aber weder die Juristen, noch die Kaiser der spätern Zeit deuten darauf hin; vielmehr sprechen gerade die letztern (Severus und Antoninus, Diocletian und Maximian) auf das Unzweideutigste dem Gläubiger das freie Wahlrecht zu, ohne irgend eines Streits hierüber zu gedenken. Daher nimmt auch Huschke an, daß Papinian entweder mit seiner Ansicht nicht durchgedrungen sei oder daß der Satz von Anfang sich bloß auf prätorische — überhaupt auf erzwingbare Satisdationen bezogen habe, es sei wohl nicht zufällig, daß sowohl l. 7 cit. als l. 41 pr. D. 46. 1. gerade von der Satisdation des Vormunds handle. — Für eine Beschränkung auf die satisdatio, rem pup. salvam fore ließe sich allerdings Etwas sagen, besonders, daß schon der Ausdruck salvam fore eine Auffassung als satisdatio in id quod servari non potuerit zulasse, daß also vielleicht Papinian nur das schon gethan habe, was auch von Spätern geschah (c. 1 C. V. 57), daß er nämlich aus der Fassung der Worte heraus einen Schutz für den Bürgen durch Interpretation gewonnen habe. — Allein gerade für die Satisdation eines Vormunds verficht Papinian an einer andern Stelle (l. 12 D. 46. 6.) den Grundsatz, hier müsse der Bürge (dem Pupillen gegenüber) ungünstiger, als in andern Fällen behandelt werden. Würde es sich damit

vertragen, daß gerade der Pupill zur Vorausklage gezwungen werden sollte? Wie würde das namentlich mit den Endworten der l. 12 cit. stimmen: Ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos judices constituerentur? Man könnte sich zu helfen versuchen, durch die Annahme, in l. 12 sei von einem fidejussor in id, quod tutor debiturus esset (obgleich unter den Titel rem p. salvam fore gestellt), dagegen in l. 7 cit. von der Fassung: salvam fore die Rede. Aber auch dieß erscheint bei genauerer Vergleichung unzulässig. Es müßte nämlich danach (auch nach Huschke's Auffassung) in l. 7 von einer erzwungnen Vorausklage die Rede sein. Dann wäre es aber unerklärlich, wie Papinian für diesen Fall das ben. divisionis zulassen könne, das er doch in l. 12 cit. den Fidejussoren eines Vormunds gerade deßhalb abspricht, weil der Pupill non ipse contraxit, sed in tutorem incidit etc. Würde das bei erzwungner Vorausklage (mittelst erzwungner Verwandlung der vorliegenden Stipulation in eine bedingte) nicht gleichfalls passen? — Alles ist dagegen erklärlich, wenn wir l. 7 von einem freiwilligen Abstehen des Gläubigers auf Bitten des Bürgen verstehen. Dann paßt der angeführte Grund der l. 12, warum das ben. divisionis wegfallen müsse, nicht mehr. Darauf geht denn wohl auch das „quod onus fidejussorium susceptum esse videretur". —

Z. B. IV. §. 19. Die hier versuchte Auffassung des Correalverhältnisses erhält vielleicht noch mehr Licht durch die Vergleichung mit der Obligation, die hinsichtlich des Gegenstandes alternativ gefaßt ist. Sowie man auch hier eine Obligation annimmt, aber eine hinsichtlich des Gegenstands noch unbestimmte, so ist die Correalobligation eine hinsichtlich der Subjecte (activ oder passiv) noch unbestimmte. Daher wirken dieselben Ereignisse, die bei jener alternativen Obligation die Wahl für einen Gegenstand entscheiden, wenn sie mit einem Correalschuldner vorgenommen werden, für die übrigen befreiend.

Quellenregister.

(Nur diejenigen Stellen sind hier angeführt, in deren Erklärung eingegangen ist.)

I. Quellen des Römischen Rechts.

A. Justinianische.

1. Institutionen.

2. Pandekten.

Canonisches Recht.